جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

العدد الأربعون

أكتوبر ٢٠٢٢م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون

جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة -الدراسة - شارع جوهر القائد

ت: ٢٥١٠٧٦٨٧

فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨

http://fshariaandlaw.edu.eg

جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها

رقم الإيـــداع

١٨٠٥٣ / ٢٠٢٢

الترقيم الدولي للطباعة

ISSN: 2812–4774

الترقيم الدولي الإلكتروني:

ISSN: 2812–5282

الامتناع عن تقديم دليل الإثبات

وأثره في تحقق عنصر الخطأ التقصيري

إعداد

د. أشرف محمد أبـو حسين

قسم القانون الخاص - القانون المدني

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

الامتناع عن تقديم دليل الإثبات وأثره في تحقق عنصر الخطأ التقصيري

أشرف محمد أبو حسين
قسم القانون الخاص، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر.
البريد الإلكتروني: AshrafMohammed.2112@azhar.edu.eg

ملخص البحث

تدور فكرة البحث حول مدى إمكانية تحمل الممتنع عن تقديم دليل الإثبات (الخصم أو الغير) للمسئولية المدنية، من خلال البحث في أحد عناصرها وهو عنصر الخطأ التقصيري. وهو الأمر الذي يصطدم مع أمرين : الأول منهما : ما هو مقرر من حيث الأصل من أنه لا يجبر شخص على تقديم دليل ضد نفسه ، والثاني: أن الامتناع في ذاته قد يكون حقا. ومن هنا حاولت معالجة فكرة مدى اعتبار الامتناع مكونا لعنصر الخطأ التقصيري، من خلال التعرض لأنواع الامتناع ، سواء كان امتناعا مجردا عن أي التزام أو واجب قانوني سابق (ومدى جواز الاستناد إلى القواعد الأدبية والخلقية وقواعد العرف والعادات في بسط نطاق الخطأ التقصيري) أو امتناعا مسبوقا بالتزام قانوني أو عقدي ، وتطبيق هذه المعالجة على فرضية البحث (امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات) والتي يمكن تأسيس مسئولية الممتنع فيها على فكرة التعسف في استخدام حق الامتناع إذا توافرت حالة من حالات التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني ، ويزداد الأمر وضوحا لاسيما إذا كان هناك إلزام على الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من محررات أو عرضه على من يدعي حقا متعلقا به بموجب أمر قضائي ، على نحو ما هو مبين في المواد (٢٠ : ٢٧) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م ، وبما رتبه المشرع في ذلك من أثر للامتناع .

واختتم البحث بتأصيل فكرة الامتناع في الفقه الإسلامي وأثره في تحقق الضمان التي تقابل المسئولية المدنية في القانون.

الكلمات المفتاحية: الامتناع، دليل الإثبات، المسؤولية المدنية، الخطأ التقصيري، الضمان.

Failure to provide evidence and its effect on the realization of the fault element

Ashraf Mohammed Abou Hussein
Private Law Department, Faculty of Sharia and Law, Al-Azhar University, Cairo, Egypt.
Email: AshrafMohammed.2112@azhar.edu.eg

Abstract:

The idea of research revolves around the extent to which a failure to provide proof (adversary or non-adversary) can be held liable for civil liability by achieving one of its elements, the element of negligent error. And it collides with two things: the first is that it is inherently determined that a person is not compelled to present evidence against himself, and the second is that abstinence in itself may be a fact. Hence, I have tried to address the notion of omission as constituting an element of negligent error, whether it is a mere omission from any previous legal obligation or duty (and the extent to which the moral, ethical, customary and customary rules may be used to extend the scope of an omission error) or a prior omission of a legal or contractual obligation, and to apply this treatment to the premise of research (the adversary or third party refraining from providing evidence), in which the responsibility of abstention can be based on the idea of abuse of the right to abstain if there is a situation of arbitrariness provided for in article 5 of the Civil Code. The matter becomes clearer, especially if there is an obligation on the adversary or third party to present or present the documents under it or present a right under a civil and commercial law, as set forth in article 20 of evidence (27 of the Civil and commercial law) : Law No. 25 of 1968, with the effect of abstinence.

The research concluded by grounding the idea of abstinence in Islamic jurisprudence and its effect on the realization of security, which corresponds to civil liability in the law.

Keywords: abstention, proof, civil liability, default error, warranty.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

فمن المعلوم أن للإنسان حقوقا كما عليه واجبات والتزامات، ومن مظاهر تكريم الإنسان في الشريعة الإسلامية المحافظة على حقوقه، والتي لا يمكن تصورها إلا في مواجهة الغير[١]، وذلك بحكم طبيعته المدنية، لاسيما في الحقوق التبادلية التي يقع الالتزام بعدم المساس بها على الجميع، سواء بسلوك ايجابي أو سلبي، فكليهما يعد خطأ إذا مثل تعديا وانحرافا عن السلوك.

وإذا كان التعدي على الحقوق بسلوك إيجابي يمثل خطا تقصيريا، ويساويه في هذا الشأن الامتناع (السلوك السلبي) عن واجب قانوني واجب الإتيان به، إلا أن الأمر يدق أكثر حالة الامتناع المجرد عن التزام قانوني سابق بالفعل، حيث إنه قد يعد رغم ذلك إخلال بواجب خلقي وديني كالإخلال بالمساعدة والمعونة، وفكرة مساءلة الممتنع حالتئذ وإن كانت ستعد تعبيرا صادقا عن فكرة التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع، كما أن فيها بسطا لنطاق الخطأ التقصيري بما ينعكس أثره على تحقيق العدالة المرجوة، إلا أنها قد تواجه بعديد من الصعوبات، منها حق الممتنع في الامتناع عما ليس مكلف بإتيانه، لاسيما إذا كان مستندا في ذلك إلى مبدأ مستقر يعول عليه كما هو الشأن في امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده، استنادا إلى مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

---

(١) د. سمير تناغو، الالتزام القضائي (الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد) ٢٠١٤، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، ص ١٩.

وأشار في ذلك تدليلا: أن روبنسون عاش معزولا في جزيرته، وحاز أشياء ولكن ليست له حقوق.

إشارة من سيادته إلى رواية روبنسون كروز التي كتبها دانيال دينو، ونشرت للمرة الأولى سنة ١٧١٩م، وتعد أحيانا الرواية الأولى في الإنجليزية، وهي رواية تخيلية.

موقع ويكبيديا، الموسوعة الحرة https://ar.wikipedia.org

إشكالية البحث وأهميته:

وترتيبا على ما سبق فإنه قد يكون الامتناع في ذاته حقا، وهو ما يعني عدم اعتباره خطأ، إلا أن هذا الحق في ذات الوقت كسائر الحقوق مقيد بقيد عام وهو عدم التعسف في استعماله، ويتعين على مستعمله أن يسلك مسلك الشخص المعتاد حتى لا يلحق ضررا بغيره وإلا كان مسئولا عن الأضرار المترتبة على تعسفه في استعمال هذا الحق، وبالتالي يعد مسئولا إذا لم يكن من مقصده في استعمال الحق في الامتناع إلا إلحاق الضرر بالآخر، أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها من استعمال الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر،أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

والحالة المفترضة في نطاق البحث: امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي يحوزه، قد يسبقها إلزام بأمر قضائي على نحو ما هو مبين في المواد ٢٠: ٢٧ من قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، حيث رسم المشرع في المواد المشار إليها طريقا إجرائيا محددا لإلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده، إلا أني أجد رغم ذلك ندرة في الأحكام القضائية في مساءلة الممتنع عن تقديم دليل الإثبات - خصما أو من الغير -، رغم أن الامتناع فيها يعد إخلالا بأمر قضائي ملزم، وأيضا إخلال بواجب خلقي وديني إذ أن مساعدة الخصم في إثبات ما يدعيه من شأنه التغيير في مراكز الخصوم، والامتناع عنه سبيل لجحد الحقوق - المحرم شرعا ــ لتسببه في حرمان طالب الدليل من إثبات حقه، وليس بخاف ما للإثبات من أهمية، لاسيما في المجال القانوني- القضائي[(١)]- لما يمثله من أثر لكافة أطراف الخصومة القضائية، حيث إن

(١) وهذا ما يميز الإثبات القانوني عن الإثبات العام الذي لا يتخصص بكونه أمام القضاء، ولا يكتسب الحجية، ولا يلزم الغير بما تم التوصل إليه - كالإثبات العلمي - حيث إن المقصود من الإثبات القانوني هو: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

انظر في ذلك: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام) ط. دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ف١٠ ص١٣، ١٤ / د. سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. عالم الكتب، =

الحق الذي لا يدعمه دليل هو والعدم سواء[١] مما قد يترتب على هذا الامتناع ضياع للحقوق[٢].

نطاق البحث وحدوده:

سترتكز الدراسة - بمشيئة الله - حول الخطأ التقصيري في شقه السلبي (التعدي بالامتناع) ومدى انطباقه على حالة امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات أو عرضه، حيث لا يتصور امتناع المستفيد من الدليل عن تقديمه، وإلا كان مفرطا والمفرط أولى بالخسارة غير جدير بالحماية، مع تأصيل خطأ الامتناع شرعا باعتباره خطأ موجبا للضمان.

أسباب اختيار الموضوع:

عدة تساؤلات و أفكار دفعتني لاختيار موضوع البحث ومن أهمها:

١- مدى إمكانية الاستناد إلى القواعد الأدبية والخلقية وكذا قواعد العرف والعادات في بسط نطاق الخطأ التقصيري، ومنه الخطأ السلبي بالامتناع المجرد عن التزام قانوني سابق.

٢- تحديد ضوابط خطأ الامتناع، ومتى يكون مقررا للمسئولية أو الضمان (طبقا لأحكام القانون المدني والفقه الإسلامي) ولو لم يكن مسبوقا بواجب أو التزام بإتيان العمل الممتنع عنه ؟ ومتى لا يعد الامتناع خطأ تقصيريا رغم وجود ذلك

١٩٨١، ص١٣ / د. توفيق حسن فرج، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٢، ف١ ص٥ / د. عبد الحكم فوده، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٩٥، ج١ ص٧.

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م أنه: يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند اليه (قانونا كان هذا الحادث أو ماديا)، فالدليل هو قوام الحق، أو كما عبر الفقيه الألماني اهرنج عنه بأنه: (فدية الحق). د. السنهوري، الوسيط ج ٢، المرجع السابق، ف٤١١ص ١٦ هامش ٢ / د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ف ٣، ٤ ص ١١.

(٢) ومن ثم يتصور إمكانية حدوث تباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية في بعض الأحوال.

الواجب أو الالتزام السابق ؟

٣- هل يعد امتناع الحائز للدليل عن تقديمه - سواء كان خصما أو من الغير ــ خطأ قانونيا (تقصيريا) يستوجب المساءلة ؟ وما ضوابط ذلك ؟ وما المعالجة التشريعية ودور القاضي في إلزام الممتنع عن تقديم دليل الإثبات؟.

منهج البحث:

اتبعت في البحث المنهج الوصفي والتحليلي للأحكام القانونية المتعلقة بموضوع الامتناع ومدى اعتباره مكونا لعنصر الخطأ التقصيري، سواء في حالة كونه - الامتناع - مسبوقا بالتزام قانوني أو عقدي، أو في حالة كونه امتناعا مجردا عن أي التزام أو واجب سابق، وتطبيق هذه الأحكام على حالة امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل إثبات بحوزته، لاسيما إذا توافرت حالة من حالات الإلزام بأمر قضائي، ثم قمت بتأصيل موضوع فكرة البحث شرعا في ضوء أثر الامتناع في تحقق الضمان في الفقه الإسلامي.

خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على مطلب تمهيدي و ثلاثة مباحث:

المطلب التمهيدي: تحديد مفاهيم مفردات البحث الرئيسة. (وفيه ثلاثة فروع):

الفرع الأول: مضمون الامتناع.

الفرع الثاني: مضمون الإثبات القانوني.

الفرع الثالث: مضمون الخطأ التقصيري.

المبحث الأول: أنواع الامتناع وأثره في تحقق عنصر الخطأ التقصيري. (وفيه مطلبان):

المطلب الأول: أنواع خطأ الامتناع.

المطلب الثاني: أثر الامتناع في تحقق عنصر الخطأ التقصيري.

المبحث الثاني: أحكام امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات. (وفيه ثلاثة مطالب):

المطلب الأول: أحكام طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه على من يدعي حقا متعلقا به.

المطلب الثاني: دور القاضي في إلزام الخصم أو الغير الممتنع عن تقديم دليل الإثبات.

المطلب الثالث: أثر امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات في تحقق عنصر الخطأ التقصيري.

المبحث الثالث: خطأ الامتناع كسبب موجب للضمان في الفقه الإسلامي.(وفيه ثلاثة مطالب):

المطلب الأول: شروط ضمان التعدي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أثر خطأ الامتناع في تحقق الضمان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يتعلق بالمسئولية عن خطأ الامتناع.

والله أسأل التوفيق والسداد.

المطلب التمهيدي

تحديد مفاهيم مفردات البحث الرئيسة

وسأتناول فيه بيان المفردات الأساسية المتعلقة بالبحث والتي تدور حول:(الامتناع، الإثبات، الخطأ التقصيري)، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مضمون الامتناع.

الفرع الثاني: مضمون الإثبات القانوني.

الفرع الثالث: مضمون الخطأ التقصيري.

الفرع الأول: مضمون الامتناع

الامتناع يكون عن فعل، ومن ثم سأعرض للتعريف اللغوي له من خلال تعريف كل من لفظي (الامتناع، الفعل) في اللغة، ثم بيان مضمون الامتناع في اصطلاح الفقه القانوني وذلك من خلال الغصنين التاليين:

الغصن الأول: تعريف الامتناع عن الفعل لغة

أولا: الامتناع لغة:

الامتناع من الفعل منع، والمنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلاف الإعطاء، ويقال هو تحجير الشيء، ومنه منعه يمنعه منعا، ومنعه فامتنع منه وتمنع، وهو يدل على ترك تقديم العطاء أو البذل أو المساعدة[١].

ثانيا: الفعل لغة:

فعل الفعل كناية عن كل عمل متعد أو غير متعد، وفعل يفعل فعلا وفعلا (بالفتح والكسر)، فالاسم مكسور والمصدر مفتوح، والاسم الفعل، والجمع الفعال[٢].

---

(١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضال جمال الدين بن منظور، دار النشر: دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ ٤٣/٨.

(٢) لسان العرب ٢٨/١١

الغصن الثاني: مضمون الامتناع في اصطلاح الفقه القانوني

الامتناع من الألفاظ المرادفة للخطأ السلبي، كالسلوك السلبي أو الترك، وهو إحجام شخص عن القيام بعمل معين يتطلبه القانون في ظروف معينة، أو التخلي عن أداء واجب يفرضه القانون، ويجب أن يكون الامتناع إراديا كما هو الشأن في العمل الإيجابي[١].

والامتناع وإن كان من الناحية المادية ظاهرة سلبية، إلا أنه من الناحية القانونية ليس عدما أو فراغا بل هو كيان قانوني له وجود وعناصر يقوم عليها، حيث يشترط فيه عناصر ثلاث:

١/ الإحجام عن إتيان فعل إيجابي.

٢/ وجود واجب قانوني بالفعل وهو مصدر نشوء الالتزام[٢].

٣/ أن يكون الامتناع إراديا مع وجود نية الإضرار[٣].

فنية الإضرار هي التي تجعل الممتنع متعديا مسئولا مسئولية تقصيرية في مواجهة المضرور إذا توافرت باقي أركان المسئولية، أما إذا لم توجد تلك النية وإنما كان الامتناع وليد كسل أو خوف، فإن الامتناع لا يعد تعديا ولا تقوم المسئولية التقصيرية، والمعول عليه في ذلك هو معيار الرجل العادي حتى ولو كان الواجب بالعمل المتطلب القيام به تفرضه قواعد الأخلاق[٤].

---

(١) فهد القحطاني، جرائم الامتناع، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في القضاء السعودي، رسالة ماجستير، الناشر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٥، ص٥٧ / د. باسم محمد فاضل، يراجع ركن الخطأ في المسئولية الطبية المدنية التقليدية والموضوعية، ط. دار الفكر الجامعي ٢٠٢٠، ص٧٨.

(٢) كالواجب القانوني الملقى على عاتق عامل الإنقاذ على الشواطئ، والواجب الملقى على عاتق الطبيب بالمستشفى الحكومي، فمجرد الامتناع عن الفعل الإيجابي بإنقاذ غريق أو إسعاف مريض حال توافر الظرف المستلزم لذلك، يجعل الامتناع مكونا لعنصر الخطأ التقصيري.

(٣) الإرادة (الركن المعنوي) شرط للمسئولية القانونية بكافة أنواعها - وليست المدنية فقط ــ وصورها - إيجابا أو سلبا -.

(٤) انظر في ذلك: فهد القحطاني، المرجع السابق، ص ٥٨: ٦٢ / مجد محمد سليمان عناب، الخطأ =

وبالتالي فإن الخطأ السلبي بالامتناع في نطاق المسئولية المدنية لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم احتياط، والعبرة في هذه الدلالات للظروف والعادات والتقاليد المحيطة بالشخص وقت صدور الترك أو الامتناع المؤاخذ عليه، وعليه فيعتبر متعديا سائق السيارة الذي يمتنع عن إسعاف مصاب في حادث، بينما لا يعد كذلك إذا امتنع عن التوقف لمساعدة شخص آخر في اصلاح سيارته[١].

ويمكن أن نعرف خطأ الامتناع بأنه: كل امتناع عن عمل واجب القيام به قانونا أو اتفاقا، أو تعسفا عن أداء واجب ديني أو خلقي أو اجتماعي ولو لم ينص عليه صراحة.

الفرع الثاني: مضمون الإثبات

الإثبات لغة: من ثبت، ثباتا، وثبوتا أي استقر، وأثبت الشيء أي استقر، وأثبت الشيء أي أقره و أقام الحجة[٢].

ويختلف الإثبات بمعناه العام عن الإثبات بمعناه القانوني وذلك على نحو ما

السلبي في المسئولية المدنية، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، ٢٠١٢، ص ٨: ١٢، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:

https://lib.imamhussain.org/lib/book/8905#popup1

د. مثنى محمد، أحكام الامتناع عن الفعل في المسئولية عن الفعل الشخصي، ص ٨: ١١، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:

https://www.researchgate.net/publication/351175971_ahkam_alamtna_n_alfl_fy_almswwlyt_n_alfl_alshkhsy/citation/download

(١) انظر في ذلك: د. إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد ٢٠، العدد الأول، ص ٢٠٨: ٢١١، نسخة إلكترونية عبرموقع الويب:

https://journals.iugaza.edu.ps/index.php/IUGJIS/article/view/1315/1250

وقرب ذلك: د. مثنى محمد، المرجع السابق، ص ١١ / فهد القحطاني، المرجع السابق، ص ٦٢ / مجد محمد سليمان، المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٩/٢.

هو مبين فيما يلي:

الغصن الأول: مضمون الإثبات بمعناه العام

الإثبات بمعناه العام هو ذلك الإثبات الذي لا يتخصص بكونه أمام القضاء، ولا تحكمه طرق محددة سلفا، كما لا يكون ذوو الشأن فيه ملتزمين بنتيجته، ومن أمثلة هذا النوع الإثبات العلمي والإثبات التاريخي، فالباحث - المكلف بالإثبات - في أي منهما يكون حرا طليقا وهو بسبيل إثبات صحة الوقائع أو النتائج التي يصبو إليها، وذلك من خلال أية مستندات أو طرق أخرى يراها كافية للإثبات، كما أن ما يثبت لديه لا يعد حقيقة تكتسب حجية الأمر المقضي به، فمن الممكن أن يثبت خطؤها ويحل محلها حقائق أخرى، وبالتالي ليست حقيقة ثابتة بل مؤقتة محل للبحث دائما تقبل التبديل والتغيير، لأنه يبحث عن الحقيقة في ذاتها وللكافة حرية البحث عن هذه الحقيقة بكل الوسائل الممكنة مما يجعل الأمر قابلا للتغيير بعكس الإثبات القانوني أو القضائي الذي ينشد الاستقرار وإنهاء المنازعات، ومن ثم فإنه يعد صحيحا بصفة نهائية[١].

الغصن الثاني: مضمون الإثبات القانوني

الإثبات بمعناه القانوني: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[٢]، ويلاحظ من التعريف السابق أن الإثبات القانوني - القضائي- يعتمد على محاور أربع[٣] وهي كما يلي:

أولا: أن يتم أمام القضاء: وذلك بإقامة الدليل أمام القضاء، ولا يقصد بإقامة الدليل إنشاؤه، وإنما يراد بإقامة الدليل تقديمه إلى القضاء، ويترتب على

---

(١) د. السنهوري، الوسيط، الإثبات، المرجع السابق ج ٢،ف١٠ ص ١٣، ١٤ / د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ف ١٠ ص ١٩

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ف١١ ص ١٤.

(٣) تعددت تعريفات فقهاء القانون للإثبات القانوني والتي لا تخرج عن المحاور الأربعة.
انظر في ذلك: د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط منشأة المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٨١، ص ١٣ / د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ف١ص ١١ / د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ف١ ص٣ / د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص٧

ذلك أن يكتسب الحكم القضائي المستند إليه حجية معينة وهي حجية الأمر المقضي به[١]، كما يترتب على ذلك إمكانية تصور حدوث تباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية كما سيأتي بيانه في الفقرة (رابعا).

ثانيا: أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية محل نزاع: التصرف القانوني قوامه الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كانت بأكثر من إرادة كالعقد، أو بإرادة واحدة كالوصية، والواقعة القانونية هي كل واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرا معينا، وقد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، وقد تكون اختيارية، سواء كانت عملا مشروعا أو غير مشروع، فالتصرف القانوني، والواقعة القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق وكل الروابط القانونية،والقاضي وهو بصدد عملية الإثبات يراعي أن الإثبات يرد على مصدر الحق وليس على الحق ذاته[٢] وبديهي أن يكون

(١) تنقسم الأحكام القضائية من حيث حجيتها وقوتها إلى أحكام تحوز حجية الأمر المقضي به، وأحكام تحوز قوة الأمر المقضي به، والفارق بينهما في أن حجية الأمر المقضي به تثبت للأحكام القضائية ولو لم تكن نهائية أي لم تستنفد طرق الطعن العادية (المعارضة و الاستئناف) وتزول هذه الحجية إذا قبل الطعن فيها، بينما قوة الأمر المقضي به تثبت للأحكام النهائية التي لا سبيل للطعن فيها بالطرق العادية فيكون لها حجية نهائية، ويحوز الحكم وقتئذ قوة الأمر المقضي به.

(٢) د. السنهوري، الوسيط، الإثبات المرجع السابق، ج٢ ف ١: ٣ ص ١: ٣، ف١١ص١٥، ف٣٣ص٤٦ / د. محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، ط. دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص ٣.

والمقرر في قضاء النقض: أن النص في المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " يدل على أنه يكفى إثبات نشأة الالتزام فيثبت بذلك انشغال ذمة المدين به ويكون عليه بعد ذلك إثبات براءة ذمته منه. (الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٨١ ق - الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٨/٣/١٢م).

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379597&ja=162631

- وجدير بالذكر أن الالتزام القانوني قد يكون إراديا أو غير إرادي، ومصدره قد يكون واقعة مادية أو تصرفا قانونيا وهو ما يرد عليه الإثبات القانوني.
- ومحل الإثبات هو الوقائع القانونية المتنازع عليها، لا التي أقر بها الخصم، د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، =

محل نزاع.

ولا ينصب الإثبات على القواعد والنصوص القانونية إذ يفترض علم القاضي بها وعليه تطبيقها على محل النزاع، ولا يكلف الخصوم بإثباتها، وأما ما يقوم به الخصوم ووكلاؤهم في الخصومة من عرض للنصوص والقواعد القانونية فهو لا يعدو أن يكون تفسيرا لها بما يتفق مع مصالحهم لا بإثباتها[١]، إلا أن هناك حالات يجب فيها على الخصوم إثبات القاعدة القانونية المطبقة على النزاع، وذلك في حالة القانون الأجنبي[٢]، والعرف والعادة الاتفاقية[٣].

=

ص٧٠،٧١.

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، ط. دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ١٠.

(٢) حيث إن القانون الأجنبي الذي قد يطبق على النزاع وفق قاعدة الإسناد لا يفترض علم القاضي به، وإنما يتعين على الخصوم إثباته، وإن انتقد ذلك من جانب بعض الفقهاء على أساس أن القانون الأجنبي يأخذ حكم القانون الوطني فيفترض علم القاضي بكليهما، ولا يكلف الخصوم بإثباته (د. عبد الودود يحى، المرجع السابق، ص ١١).

ويشير بعض الفقهاء إلى بادرة تحول ولو كانت جزئية بشأن موقف محكمة النقض المصرية من معاملة القانون الأجنبي مستندين في ذلك إلى حكم النقض بتاريخ ١٩٨٤/٢/٦م المستفاد منه أن القانون الأجنبي لا يعامل معاملة الواقع إلا إذا كان غريبا عن القاضي الوطني بحيث يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان ميسورا عليه العلم به فيعامل معاملة القانون الوطني من حيث افتراض علمه به، ولا يقع عبء إثباته على من يتمسك به (لدى د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٤، ٦٥.)

- وأرى أن إلمام القاضي الوطني بالقوانين الأجنبية و أحكامها من الصعوبة بمكان، فإن فرض علم بعض القضاة بها إلا أن ذلك لا يمثل قاعدة عامة، ومن ثم أرى أن عبء إثبات القانون الأجنبي التي تقضي قواعد الإسناد بتطبيقه يقع على عاتق الخصوم وليس على عاتق القاضي لعدم افتراض علمه به.
- ويتم إثبات القانون الأجنبي عن طريق الشهادات الصادرة من الجهات المختصة في الدولة الأجنبية كهيئات التمثيل الدبلوماسي، وعن طريق المؤلفات العلمية ومجموعات الأحكام، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام / الإثبات، ف١١ ص ٢٠.

(٣) يجب على الخصوم إثبات العرف المحلي، أما العرف العام فيفترض علم القاضي به ولا يكلف الخصوم بإثباته، والعادة الاتفاقية هي مجرد واقعة ليس لها قوة إلزامية إلا إذا قصد أطرافها الالتزام بها، وبالتالي يقع عبء إثباتها على من له مصلحة في ذلك.

=

ثالثا: أن تكون الواقعة القانونية أساسا للحق المدعى به: وبداهة يجب أن تكون الواقعة محددة، ولا يعني بتحديدها أن تكون إيجابية، فقد تكون واقعة سلبية، ويتم إثباتها عادة بطريقة غير مباشرة، حيث يستدل عليها من خلال إثبات واقعة أخرى إيجابية(١).

وطبقا للمادة الثانية من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية التي تنص على أنه: (.. ويجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها) فإنه ليست كل واقعة قانونية تصلح أن تكون محلا للإثبات بل يشترط فيها:

- أن تكون متعلقة بالحق المدعى به
- أن تكون منتجة في الدعوى.
- أن يكون جائز قبولها قانونا.

رابعا: أن يتم إقامة الإثبات بالطرق التي حددها القانون: وكما ذكرت سابقا أن هذا ما يميز الإثبات القانوني عن الإثبات بمعناه العام، ويترتب على تقييد الإثبات بطرق محددة أنه قد يحدث تباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية(٢).

د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الوجيز في شرح قانون الإثبات، ٢٠٠٧، ص ١٤، ١٥.

(١) كما لو أراد الدائن بالالتزام بعدم البناء تجاه جاره (المدين) إثبات عدم وفاؤه بهذا الالتزام (واقعة محددة سلبية) أمكنه ذلك عن طريق إقامة الدليل على حصول البناء (واقعة إيجابية). انظر في ذلك، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها / د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات، المرجع السابق، ف ١٤ ص ٢٣، ٢٤

ومن أحكام النقض في شروط الواقعة محل الإثبات بصفة عامة:

الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١٠ ــ لطعن رقم ١٩٦١٧ لسنة ٨٤ق جلسة ٢٠١٦/٥/٢٨.

انظر: المستشار / إبراهيم جمال، الميسر في قانون الإثبات، شاملة لأحكام النقض إلى عام ٢٠١٨ - ٢٠١٩، ص ١٧، ١٨.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ف١١ ص ١٦، ف ٢٠ص٢٧ / د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ف١ ص ٤، ٥ / د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ٤

والقانون يتمسك بالحقيقة القضائية ويقرر لها حجية معينة موازنة بين اعتبارات العدالة واعتبارات استقرار المعاملات وعدم إفشاء الأسرار الخاصة أو الوظيفية[١].

وفي نهاية عرض مضمون الإثبات القانوني تجدر الإشارة إلى اتفاق تعريفه عند الفقهاء مع تعريف محكمة النقض حيث عرفت الإثبات القانوني بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق يتجرد من قوته ما لم يقم الدليل عليه[٢].

الفرع الثالث: مضمون الخطأ التقصيري

وسأبين أولا: تعريف الخطأ التقصيري لغة، ثم في اصطلاح الفقه القانوني ثانيا.

الغصن الأول: تعريف الخطأ التقصيري لغة

الخطأ من فعل (خطأ) وهو ضد الصواب، وخطأ: أي سلك سبيل خطأ عمدا أو غيره[٣] ويراد به ما يقابل العمد فيقال لمن أراد شيئا ففعل غيره أخطأ[٤]،ويأتي بمعنى الذنب، يقول تعإلى: (إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرا)[٥] أي إثما، ويقول تعإلى فيما حكاه عن إخوة يوسف: (إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ)[٦] أي آثمين.

(١) وقد أكدت محكمة النقض أن محل الإثبات يشترط أن تكون جائز قبولها وليست مما يحرم القانون إثباتها لأغراض مختلفة، وحظر الإثبات إذا كان منطويا على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة، بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها، وبحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته (الطعن رقم ٦٧٤لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨).

(٢) طعن رقم ٢٤٣٩ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠١٥/٢/٧.

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111342283&ja=124200

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة التقدم العلمية، ١٣٢٢هـ ٨٧/١

(٤) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، المطبعة الأميرية، ١٤٠١هـ ط٣ ١٣/١.

(٥) سورة الإسراء، آية ٣١.

(٦) سورة يوسف، آية ٩٧.

والتقصير من قصر يقصر تقصيرا، ومنه قصر فلان في الأمر إذ تهاون فيه فهو مقصر[١].

الغصن الثاني: مضمون الخطأ التقصيري في اصطلاح الفقه القانوني

بند تمهيدي: عنصر الخطأ وفكرة وحدة المسئولية المدنية وازدواجها في الفقه والتشريع الفرنسي[٢]: على المستوى الفقهي: أيد الفقيه الفرنسي بلانيول

(١) المعجم الوجيز، ص ٥٠٤.

(٢) د. سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص ٤٠: ٤٨.

وقد فند أنصار نظرية وحدة المسئولية المدنية الفروق التي يستند عليها من يقول بثنائية المسئولية المدنية أو ازدواجها، أولا بالنسبة للشروط: يرى أنصار مبدأ وحدة المسئولية المدنية أنه ليس صحيحا أنه يشترط في المسئولية العقدية توافر أهلية الرشد في المتعاقد في معظم العقود، ويكتفى بأهلية التمييز في المسئولية التقصيرية، حيث إن أهلية التمييز شرط لانعقاد العقد وليس لقيام المسئولية، وكذلك في المسئولية التقصيرية فإن أهلية التمييز هي شرط لنسبة الخطأ، فلو كانت أهلية الرشد متوافرة في المتعاقد ثم زالت هذه الأهلية بعد ذلك فإنه يبقى ملزما بتنفيذ التزاماته، وتبقى مسئوليته قائمة على الرغم من زوال أهليته، أما بالنسبة للإعذار: فليس صحيحا أنه يشترط في المسئولية العقدية ولا يشترط في المسئولية التقصيرية، و إنما الصحيح أنه يشترط في الالتزامات الإيجابية المتضمنة القيام بعمل، ولا يشترط في الالتزامات السلبية المتضمنة الامتناع عن القيام بعمل، وبالتالي لا يشترط الإعذار في المسئولية العقدية في حال ما إذا كان الالتزام العقدي هو التزام بالامتناع عن عمل، وأما بالنسبة لعدم جواز الإعفاء من المسئولية التقصيرية: فسبب ذلك هو أن القانون نفسه منع هذا الإعفاء، ولم يمنع ذلك في المسئولية العقدية إلا على سبيل الاستثناء، ثانيا بالنسبة للإثبات: فيرى أنصار مبدأ وحدة المسئولية المدنية أن عبء الإثبات في المسئوليتين يقع على عاتق الدائن، وهو إثبات الالتزام السابق، بإثبات العقد في المسئولية التعاقدية، أما بالنسبة للمسئولية التقصيرية فلا حاجة لإثبات الالتزام السابق، لأن القانون يفرضه على الجميع، وبالتالي فعبء الالتزام لا يتعلق بنوع المسئولية المدنية، وإنما بنوع الالتزام، ثالثا من حيث مدى التعويض: يرى أنصار مبدأ وحدة المسئولية المدنية أن التعويض في المسئولية العقدية لا يشمل الضرر المباشر غير المتوقع لأنه لم يدخل في حسبان المتعاقدان ولم تتجه إليه إرادتهما عند التعاقد، وتكون إرادتهما هي المحددة لمدى هذا التعويض، أما المسئولية التقصيرية فالقانون هو الذي يحدد مداه لذلك فهو يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، رابعا من حيث التضامن: فالقانون هو الذي فرضه بين المدينين في حال تعددهم في المسئولية التقصيرية لمشاركتهم في سبب =

فكرة وحدة المسئولية المدنية فعبر عن الخطأ بأنه: الإخلال بالتزام قائم من قبل، سواء كان التزاما عقديا أو قانونيا (تقصيريا)، ويترتب عليه الالتزام بالتعويض، فهو الجزاء اللازم لكل الالتزامات القانونية والاتفاقية، فالخطأ إذا واقعة منشئة لالتزام جديد، ويفرق بلانيول بين الالتزام الناشئ عن الخطأ، والالتزام السابق عليه، فالالتزام السابق على الخطأ (الالتزام الأصلي) محله عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء، بينما الالتزام الناشئ عنه هو تعويض نقدي - غالبا ــ عن الضرر الذي حدث بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، والالتزامان لا يتعاصران ولكنهما يتتابعان.

بينما يعارض الفقيه ديجي فكرة وحدة المسئولية المدنية، فالمسئولية العقدية تتعلق عنده بما يسميه (قضاء الحقوق) أي القضاء المستند إلى حق، بينما المسئولية التقصيرية تتعلق بما يسميه (قضاء القانون) أي الذي يستند إلى أحكام القانون مباشرة، والمضرور في المسئولية التقصيرية لم يكن له حق قبل الحكم، فالعمل غير المشروع لا ينشئ حقا ولا مركزا قانونيا قبل الحكم.

في حين يقر جانب من الفقه الحديث في فرنسا مبدأ وحدة المسئولية المدنية، مع التأكيد أن هذا المبدأ لا ينبغي أن يخفي ثنائية الصياغة القانونية لنوعي المسئولية[1].

وعلى المستوى التشريعي: تم إعادة هيكلة للقوانين الخاصة بنظرية المسئولية المدنية لاسيما مشروعي قانون Catala-viney و Terre في إطار مقترح تشريعي جديد لإصلاح قانون المسئولية المدنية وتم طرحه للنقاش في عام ٢٠١٦ثم أعيدت هيكلته في عام ٢٠١٧ في إطار مشروع قانون جديد سمي بمشروع قانون إصلاح أحكام المسئولية المدنية PLRRC Urvoas المقدم للحكومة الفرنسية ليشكل الأرضية

الضرر (الخطأ)، خامسا من حيث التقادم: فاختلافه بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية لا يعود إلى طبيعة المسئولية وإنما إلى إرادة المشرع.

انظر في ذلك: د. عبد القادر قرموش، المسئولية المدنية، ٢٠٢١، ص ٢٠، ٢١.

نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:

https://www.droitarabic.com/2021/02/blog-post.html?m=1

(١) نقلا بتصرف عن د. سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص ٤٠: ٤٨.

التشريعية الجديدة المقترحة لنظرية المسئولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي، إلا أنه وبالرغم من ذلك لا يزال المشرع الفرنسي متبنيا مبدأ ثنائية المسئولية مقرا بذلك فكرتي المسئولية التعاقدية والمسئولية غير التعاقدية(١).

مع الأخذ في الاعتبار أن المشرع الفرنسي في مشروع قانون إصلاح أحكام المسئولية المدنية قد هجر استخدام مصطلح المسئولية التقصيرية، ولم يكن هذا هو الهجر الأول فقد سبقه تشريعات عديدة، كالتعديل الخاص بأحكام العقود عام ٢٠١٦، الذي ألغى هذا المصطلح من نصوص القانون في إطار المسئولية التعاقدية، وسبقه أيضا التعديل الذي جرى حول نظرية التقادم في عام ٢٠٠٨، والذي ألغى بالمطلق فكرة التمييز بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية، بحيث أصبح التقادم على الالتزام واحدا بغض النظر عن أصل هذا الالتزام، وهذه التوجهات التشريعية وغيرها تعبر عن محاولات جديدة لفصل الجانب الجنائي في القانون عامة عن الجانب المدني، وتحييد القانون المدني عن هذا الخلط الذي صاحب التطور التاريخي لنظرية المسئولية، وهو ما ينبئ عن تغيير في مصطلحات المسئولية في إطارها العام لتصبح إما تعاقدية أو غير تعاقدية، بعد أن كانت تعاقدية أو تقصيرية، لنكون أمام مسئولية أساسها العقد (الإرادة) وهي المسئولية التعاقدية، أو أن نكون أمام مسئولية أساسها خارج العقود (غير إرادية) مما يجعل من عملية الربط بين نظرية الالتزام ونظرية المسئولية أكثر ارتباطا من أي وقت مضى(٢).

الخطأ التقصيري:

مما لاشك فيه أن الخطأ ركن أساسي في المسئولية المدنية (العقدية والتقصيرية)(٣)، والخطأ المراد بيانه هنا هو الخطأ المكون للمسئولية التقصيرية

(١) د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ وحدة المسئولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الجديد، قراءة في فلسفة مشروع قانون إصلاح نظرية المسئولية PLRRC Urvoas2017، دراسة تحليلية معمقة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٣، العدد التسلسلي ٣١، محرم - صفر ١٤٤٢هـ سبتمبر ٢٠٢٠م ص ٢٧٦، نسخة إلكترونية عبر الويب: https://journal.kilaw.edu.kw

(٢) د. محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص ٢٨٠، ٢٨١.

(٣) حيث تتحد المسئولية العقدية والتقصيرية في المبدأ، وهو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم

الناشئ عن الفعل الشخصي، وذلك لارتباطه بموضوع البحث، الذي يتناول الامتناع عن تقديم دليل الإثبات ممن يحوزه - خصما أو من الغير -.

وقد خلت التشريعات القانونية من وضع تعريف محدد لفكرة الخطأ نظرا لكثرة الحالات التي تدخل تحت هذا المصطلح، ومن ثم اجتهد الفقه القانوني وتباينت آراء فقهاء القانون في تعريف الخطأ التقصيري فعرفه الفقيه الفرنسي (بلانيول) بأنه: إخلال بالتزام قانوني سابق، ومنهم من عرفه بأنه: إخلال بالثقة

من ارتكبه بالتعويض(م١٦٣مدني).

إلا أنهما يختلفان في عدة أمور منها:

- المصدر: فهو العقد في المسئولية العقدية إذ أن الخطأ في المسئولية العقدية يتمثل في إخلال بالتزام عقدي، بينما في المسئولية التقصيرية القانون، حيث إن الخطأ فيها يتمثل في إخلال بالتزام قانوني عام (عدم الإضرار بالغير).
- المسئولية العقدية وليدة العقد والاتفاق ومن ثم يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها، بعكس المسئولية التقصيرية حيث إنها وليدة القانون وبه تتحدد أحكامها ولا يجوز الاتفاق على تعديلها أو الإعفاء منها (م ٢١٧ مدني).
- التعويض في المسئولية العقدية يكون عن الضرر المتوقع فقط (م ٢/٢٢١ مدني)، بينما يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسئولية التقصيرية.
- لا يفترض التضامن بين المدينين في المسئولية العقدية، ويفترض في المسئولية التقصيرية المقرر فيها قانونا تضامن المدينين إذا تعددوا (م ١٦٩ مدني).
- التقادم في المسئولية العقدية يكون بالمدة الطويلة - خمس عشرة سنة ـــ بينما يكون في المسئولية التقصيرية ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال.

انظر في ذلك: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط. دار إحياء التراث العربي ج٢ ف ٥١٠ ص ٧٤٩، ٧٥٠ / د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، ط. لجنة البيان العربي،١٩٦١م، ف٣٣٠ ص ٣٣٢ وما بعدها / د. سمير تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط. منشأة المعارف، ف ١٦٠ ص ٢١٨ - ٢١٩ / د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المصادر غير الارادية، ف٥ ص ٣٢٦ - ٣٢٧ / أستاذنا المرحوم د. عبد الرازق حسن فرج، مصادر الالتزام المصادر غير الإرادية، ١٩٩٣، ج ٢ ف ٥ ص ٧ وما بعدها / أستاذنا الدكتور. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ط. دار النهضة العربية، ط٣، ٢٠١٠ ص ١٩٩ وما بعدها/ د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص٣٢٦ وما بعدها.

المشروعة[١]، ومنهم من عرفه بأنه: إخلال بحق أو بمصلحة أعلى[٢]، ومنهم من عرفه بأنه: الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك لهذا الانحراف[٣]، ويمكن تعريفه أيضا ـــ الخطأ التقصيري ـــ في ضوء المادتين ١٦٣،١٦٤من القانون المدني[٤] بأنه: إخلال بالتزام قانوني عام صادر عن إرادة مميزة[٥]، وهو ما يستلزم معه قيام عنصري الخطأ على النحو التالي:

عناصر الخطأ التقصيري:

أولا: العنصر المادي (الانحراف أو التعدي):

الخطأ في عنصره المادي يعد انحرافا في السلوك، وتعد في التصرف، ومجاوزةً للحدود التي يجب الالتزام بها في السلوك، تعمدا أو إهمالا[٦]، ويوجد معياران لقياس الانحراف في السلوك، أحدهما ذاتي: ينظر إلى شخص المخطئ والظروف الخاصة المتعلقة به من حيث الذكاء والثقافة والبيئة الاجتماعية، فتشدد المسئولية على الشخص الحريص اليقظ، وتخفف عن المهمل غير المكترث، وهذ المعيار يؤدي إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لمن وقع عليه الضرر، والثاني معيار موضوعي: لا يعول على شخص المخطئ ولا بظروفه الخاصة، وإنما يعول على معيار موضوعي وهو سلوك الشخص العادي، فيعتبر سلوك المخطئ خطأ إن كان مخالفا لسلوك الشخص العادي، مع التعويل على الظروف الخارجية في تقدير الانحراف

---

(١) انظر في ذلك: د. السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، المرجع السابق، ج٢ ف ٥٢٦ ص ٧٧٧-٧٧٨.

(٢) د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص٣٥٤.

(٣) المستشار / عز الدين الدناصوري، المسئولية المدنية في الفقه والقضاء، ١٩٨٨، ص٦١.

(٤) تنص المادة ١٦٣ مدني على أنه: كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وتنص المادة ١/١٦٤ مدني على أنه: يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.

(٥) أستاذنا المرحوم د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الموجز المفيد في مصادر الالتزام وآثاره، ٢٠٠٩، ص ١٠٢ / وقرب ذلك: د. محمد شريف عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسئولية التقصيرية، ط. دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٥٨.

(٦) د. السنهوري، الوسيط - مصادر الالتزام، المرجع السابق،ج٢ ف٥٢٨ ص ٧٧٩.

عن السلوك، فقيادة السيارة في الطرق الواسعة أو في الخلاء تختلف عن القيادة في الطرق المزدحمة التي تتطلب سرعة أقل وحذرا ويقظة[١]، وهو المعيار الراجح والمعول عليه في تحديد العنصر المادي للخطأ حيث يقاس بمقياس موضوعي يعول فيه على سلوك الشخص العادي مجردا عن الظروف الشخصية لمرتكب الخطأ.

وإذا كان الخطأ التقصيري يمثل إخلالا وانحرافا في السلوك ترتب عليه ضررا بالغير، فإنه لا صعوبة في تحديد الخطأ حينما يفرض القانون التزاما محددا، لأن الخطأ حالتئذ لن يكون سوى الإخلال بهذا الالتزام، سواء بإتيان فعل أوجب القانون الامتناع عنه (خطأ إيجابي)، أو بالامتناع عن فعل أوجب القانون إتيانه (خطأ سلبي).

إلا أنه - الخطأ ــ لا ينحصر بداهة في هذه الحالات - المسبوقة بالتزام قانوني ــ فحسب، لذا فقد جاءت صياغة المادة ١٦٣ مدني صياغة عامة توجب عدم ارتكاب أي خطأ وتقرر الحق في التعويض لمن أصيب بضرر نتيجة الانحراف عن السلوك، والذي يوازن بسلوك منفك عن صاحبه ويقارن سلوك الشخص العادي دون اعتداد بالخواص الذاتية أو الشخصية عند إحداث الضرر[٢]، فيتم النظر إلى الظروف التي وقع فيها الضرر، أي الظروف والملابسات الخارجية التي تلابس ارتكاب الضرر ويكون من الممكن العلم بها وبمدى تأثيرها في مسلك مرتكب الضرر[٣]، ومجردا من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص مرتكب الخطأ بشرط ألا تصل إلى انعدام الإدراك والتمييز وإلا انعدم الركن المعنوي للخطأ.

(١) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط - مصادر الالتزام، المرجع السابق ج٢ ف٥٢٩ ص٧٨٢ / د. عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٤، ١٥ / وفي ذات المعنى: د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص٣٤٣ وما بعدها / د. سمير تناغو، المرجع السابق، ف ١٦٧ وما بعدها، ص ٢٢٦ وما بعدها / د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢٩٣: ١٩٥ / د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٤٥: ٣٤٧ / المستشار.عز الدناصوري، المرجع السابق، ص ٦١: ٦٥.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٩٣:٢٩٥ / د. محمد علي عمران - د. حمدي عبد الرحمن - د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، ١٩٩٥، ص ٥٠٧.

(٣) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ف٦ص٣٤٤ / وقرب ذلك: د. سمير تناغو، المرجع السابق ف ٦٨ ص ٢٧٧.

وإذا كان القاضي لا يعتد بظروف المسئول الشخصية فإنه على النقيض من ذلك يعتد بالظروف الخاصة التي تلابس المضرور كحالته الصحية والاجتماعية والاقتصادية...الخ[١].

وبالتالي يمكن القول بأن العنصر الموضوعي للخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال بالواجبات القانونية التي يعينها القانون بطريقة مباشرة منصوص عليها بنصوص خاصة توجب أمورا معينة تعيينا دقيقا كما هو الشأن فيما يتعلق بالواجبات المفروضة في لوائح المرور، أو يعينها - القانون ـــ بطريقة غير مباشرة من خلال تعيين حقوق الآخرين، حيث إن لكل شخص معين حق يقابله واجب يفرض على سائر الناس احترامه وعدم المساس به[٢].

ولمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها الفعل أو الامتناع بأنه خطأ يستوجب المسئولية المدنية، فتكييف الأفعال بأنها خطأ أو لا هو من المسائل التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، أما استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية فهو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ما دام أن هذا الاستخلاص سائغا مستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى[٣].

---

(١) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسئولية المدنية، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٩٢، ص ١٥٧، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب https://journal.kilaw.edu.kw//

(٢) انظر في تفصيل ذلك: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف٣٥٣ص٣٦٠: ٣٦٨/ أستاذنا الدكتور. عبد الله النجار، المرجع السابق، ص ٢١٢: ٢١٨.
مع ملاحظة أنه ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعيه المدعي متى كان أساسها خطأ يجب إثباته، إذ عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة يقع على عاتق المدعي المضرور (نقض مدني ١٩٧٩/٤/٣٠ - مجموعة أحكام النقض ٣٠-٢-٢٣٦-٢٢٩).

(٣) المقرر في قضاء محكمة النقض: أن وصف الأفعال بأنها خاطئة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (الطعن رقم ١٢٩٥ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، نادي القضاة، ج٢ ف ٣٦٢ ص ٢٩٩)
كما قضي: أن تكييف العمل المؤسس عليه التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٥٨ ق -
=

أنواع الخطأ بحسب عنصره المادي:

الانحراف أو التعدي قد يكون عمديا، وقد يكون غير عمدي، فيكون عمديا إذا كان الشخص قد أراد به إيقاع الأذى والضرر بالغير، وذلك بتوافر نية الإضرار، وبالتالي لا يكون الشخص مخطئا إذا كان مقصده دفع الضرر عن نفسه وماله، أو ليتفادى ضررا أكبر، أو كان سلوكه تنفيذا لأمر رئيس له طاعته واجبة (إذا كان موظفا عاما)، ويكون الانحراف غير عمدي إذا لم تتوافر نية الإضرار بل وقع الخطأ أو الانحراف بإهمال وتهور، ولا يميز المشرع بينهما في نطاق الخطأ التقصيري، كما لم يميز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فالجميع يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه، ويكفي لتحقيق المسئولية ثبوت إهمال ما توجبه الحيطة والحذر[١].

وما يرتبط بموضوع البحث هو تنوع سلوك الانحراف أو التعدي إلى سلوك إيجابي (الخطأ الإيجابي)، وسلوك سلبي (الخطأ السلبي) على نحو ما يلي:

١/ الخطأ الإيجابي:

هو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الشخص الامتناع عن فعل أو أفعال معينة فيفعلها، كإتلاف مال الغير أو سلبه...الخ وما إلى ذلك من أفعال تمثل سلوكا ماديا إيجابيا للتعدي، ولا خلاف فيه على تحقق المسئولية التقصيرية على أساس

جلسة ١٩٩٩/١٢/٧.)

بينما قضي بأن: استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع (الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠١/١١/٨)

مذكور لدى: وجدي شفيق، الموسوعة الذهبية في مبادئ النقض المدنية الصادرة عن جميع الدوائر المدنية والعمالية والتجارية والإيجارات و الأحوال الشخصية من ١٩٩٧ حتى ٢٠٢١، ط. العربية للنشر والتوزيع ج ٥ ص ٢٢٠.

- وظاهر من ذلك أن محكمة النقض بين تحري الوقائع في ذاتها، وبين تكييف هذه الوقائع بأنها خطأ، فتجعل الأمر الأول داخلا في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه، وتعتبر الثاني مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض. د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، المرجع السابق، ف٣٩٦، ص ٤٠٧.

(١) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

الخطأ الإيجابي، طالما كان الإخلال غير مشروع، فإن كان مشروعا فلا يكون فاعله في حالة خطأ حتى ولو تعمد الإضرار بالغير كما هو الحال في المنافسة المشروعة[١].

٢/ الخطأ السلبي:

هو الذي يأخذ صورة ترك أو امتناع، وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع على إهمال أو عدم احتياط[٢]، وهو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الشخص القيام بعمل إيجابـــي فيمتنع عنه[٣]، ويتمثل في سلوك مادي سلبي كامتناع الطبيب عن إسعاف المريض، وامتناع المنتج للسلعة - ذات الخطورة ـــ عن التبصير والتحذير وقتما يكون ملتزما بذلك[٤].

ثانيا: الركن المعنوي (الإدراك):

سبق أن ذكرت أن الركن المادي - التعدي ـــ يتم قياسه بمقياس مجرد عن الظروف الشخصية لمرتكب الخطأ (معيار الرجل العادي) إلا أن ذلك لا يعني أن يصل ضعف إدراك مرتكب الخطأ إلى درجة ينعدم معها الركن المعنوي، حيث تنص المادة ١/١٦٤مدني على أنه: يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وأما مسئولية المسئول عن عديم التمييز حيثما تتوافر شروط مسئوليته، فهو إنما يكون مسئولا عن خطأ غيره لا عن خطئه الشخصي[٥]،

---

(١) د. عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق، ص١١٤.

(٢) م عز الدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٣) د. خالد السيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، الطبعة الأولى، ط. دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٧، ص ٢٣٥.

(٤) وقد أكدت محكمة النقض أن: الإخلال بالواجب المهني بمعياره المعتاد هو في حقيقته إخلال بواجب عام بالنهي عن الإضرار بالغير، سواء كان ذلك على نحو إيجابي بتعمد الإساءة دون نفع يعود عليه في استعماله، أو على نحو سلبي بالاستهانة بما قد يحيق العميل من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير.

الطعن رقم ٥٢٠٩ لسنة ٨٦ق - اقتصادي - جلسة ٢٠١٨/١/٢٢

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111378421&ja=220879

(٥) أ. عبد المنعم حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المحاماة، ملحق العددين الثالث =

وإذا لم يكن هناك من هو مسئول عن عديم التمييز فقد أجازت الفقرة ٢ من المادة ١٦٤ مدني للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم، وهنا تقوم مسئولية عديم التمييز على أساس تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ[١]، وهي مسئولية جوازية، احتياطية، مخففة.

ومن المسائل المثارة في هذا الصدد المتعلقة بعنصر الإدراك، مسئولية الشخص المعنوي الذي ليس له إدراك وتمييز ولكنه يمارس نشاطه بواسطة ممثليه، ومن ثم فإن أخطاء ممثليه تنسب للشخص المعنوي ذاته طالما كانت تصرفاتهم في نطاق الاختصاص المخول لهم[٢]، أما خارج هذا النطاق فتنسب الأخطاء إلى الشخص الطبيعي - ممثل الشخص المعنوي[٣]-.

=

والرابع، السنة ٧١، ١٩٩١، ص ٨٢

(١) أستاذنا الدكتور. عبد الله النجار، المرجع السابق، ف ٢١٥ ص ٢٢٧ وأشار سيادته في نفس المرجع في ف٢١٤ ص ٢٢٦ إلى أن الشريعة الإسلامية تقيم مسئولية عديم التمييز على أساس تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ وقد نصت المادة ٩٦٠ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: إذا أتلف الصبي مال غيره فإنه يلزمه الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين يساره ولا يضمن وليه.

(٢) نقض مدني ١٩٨٢/٦/٣٠ - المكتب الفني ـــ س ٣٣ رقم ٥١٤ ص ٨٥١.

(٣) د. عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٤ / د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

المبحث الأول

أنواع الامتناع وأثره في تحقق عنصر الخطأ التقصيري

يجب بداية لتحديد مدى اعتبار الامتناع خطأ تقصيريا، تحديد نوع خطأ الامتناع المرتكب، حيث إن هذا السلوك السلبي قد يأخذ أكثر من صورة، وتختلف المسئولية المترتبة باختلاف هذه الصور، ولذ سأعرض فيما يلي من خلال المطلبين القادمين:

المطلب الأول: أنواع الامتناع.

المطلب الثاني: أثر الامتناع في تحقق عنصر الخطأ التقصيري.

المطلب الأول: أنواع الامتناع

وأعرض فيه بشكل عام[١]لأنواع الامتناع، حيث إن تحديد نوع الخطأ هو نقطة الانطلاق الأساسية لتحديد الأساس الذي يمكن الاستناد عليه في تقرير مسئولية الممتنع من عدمها.

الفرع الأول: الامتناع البسيط

وهو ذلك الامتناع الذي لا يلزم لقيام الخطأ فيه حصول ضرر معين، بل إن مجرد الامتناع يكفي لتحقق مسئولية الممتنع، طالما كان الامتناع يمثل إخلالا بواجب قانوني، فالضرر وهو النتيجة المترتبة على الامتناع في هذا النوع يعد مفترضا، لاسيما في المجال الجنائي حيث يتحقق في جميع صور الخطأ سواء كان عمديا أم لا، ومن ذلك امتناع بائع السلعة عن بيعها بسعرها المحدد سلفا من الجهة المختصة[٢]، أو امتناع الطبيب عن معالجة مرضاه في المستشفى الذي يعمل به

(١) ويلاحظ في عرض هذه الأنواع أنه عرض عام يحتوي على ما يصلح أن يرتب مسئولية جنائية أو مسئولية مدنية (تعاقدية، تقصيرية) أو حتى مسئولية إدارية على أن أخصص أثرها في نطاق المسئولية التقصيرية في البحث التزاما بنطاق البحث موضوعا.

(٢) د. مثنى عبد، المرجع السابق، ص٧ / أسماء موسى أسعد، ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦، ص ٤٨، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:

=

فتتحقق المسئولية الجنائية بمجرد حدوث الامتناع، أما المسئولية المدنية - خاصة التقصيرية - فيشترط فيها حصول الضرر.

الفرع الثاني: الامتناع ذو النتيجة

وهو الامتناع الذي يلزم لقيام الخطأ فيه حصول ضرر معين، ولا تقوم مسئولية الممتنع إلا إذا ترتب على امتناعه إلحاق ضرر معين، و هو ما يسمى بخطأ الامتناع ذو النتيجة، وينقسم إلى قسمين:

أولا: الامتناع ذو النتيجة المجردة دون سبق فعل إيجابي:

وهو الامتناع الذي يترتب عليه نتيجة معينة دون أن يكون مسبوقا بفعل إيجابي، كالممرض الممتنع عن رعاية المريض فيلحق الأخير ضرر[١]، دون أن يكون هناك فعل إيجابي مسبق تجاه المريض.

ثانيا: الامتناع المسبوق بفعل إيجابي:

وهو الامتناع الذي يترتب عليه نتيجة معينة، ويكون مسبوقا بفعل إيجابي قبل وقوع الامتناع السلبي، كمن يحبس شخصا ثم يتركه دون غذاء أو شراب، حيث يتضح وجود علاقة سببية بين السلوك الإيجابي (الحبس) وبين خطأ الامتناع (الترك دون غذاء وشراب)، وكمن يختلس الأموال المحجوز عليها حتى يمتنع عن الوفاء للدائنين، فعلاقة السببية ظاهرة وبينة بين السلوك الإيجابي السابق على الامتناع، وقد لا توجد علاقة سببية بين السلوك الإيجابي والامتناع اللاحق كمن يتناول طعاما في مطعم (سلوك إيجابي) ثم يمتنع عن دفع الثمن (خطأ الامتناع)[٢].

الفرع الثالث: الامتناع المسبوق بالتزام والامتناع الملابس

وهو الامتناع المخالف لواجب والتزام مفروض سلفا، وهذا الواجب قد يكون مفروضا بالقانون أو بالإرادة، كامتناع الطبيب الذي يعمل في مستشفى حكومي

=

https://www.bibliotdroit.com/2018/05/pdf_38.html

(١) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٧

(٢) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٨.

عن علاج مرضاه (امتناع عن واجب قانوني)، وامتناع الممرض المتعاقد مع مريض عن متابعة أموره الصحية[١]، وهنا يثبت الخطأ بغير أن يتجه قصد المسئول إلى إحداث الضرر، ويدق البحث في هذا النوع من الخطأ حول معيار التعدي بالامتناع، إذ على تحديده يكون القصد في توافر المسئولية أو انعدامها، ويعتبر محدث الضرر مخطئا إذا كان منحرفا في مسلكه عما كان يجب أن يكون عليه الشخص العادي في نفس الظروف التي حدث فيها الامتناع، والمتمثل في الالتزام القانوني بالعمل، فمخالفة ما أوجب القانون عمله هو انحراف في المسلك، وكذلك الإخلال بالتزام معين أو بنتيجة رسم حدودها الطرفان[٢].

الامتناع الملابس:وهذه صورة من صور الامتناع، وهي صورة الامتناع أثناء الفعل أو ما يسمى بالامتناع الملابس، كمن يحفر حفرة في الطريق العام ويقصر ممتنعا عن وضع إشارات التنبيه للحفرة فيسقط فيها آخر، أو امتناع المقاول عن استكمال الأعمال التي بدأها، حيث إن الامتناع في هذه الصور قد لابسه قيام بنشاط إيجابي معين، وهو امتناع مقرر للمسئولية[٣]

الفرع الرابع: الامتناع المجرد عن التزام سابق

وهو الامتناع عن عمل إيجابي لم يفرضه القانون، أو تلزمه الإرادة، ولم يقع أثناء القيام بفعل، وبالنظر إلى تعريف الفقيه الفرنسي بلانيول للخطأ التقصيري والذي حدده بأنه: إخلال بالتزام سابق) فإنه لا يمكن اعتبار هذه الصورة خطأ[٤]، ولكن ذلك لم يكن محل تسليم من فقهاء القانون بل كانت مسألة خلافية، على نحو ما سنرى في المطلب القادم.

---

(١) د. مجد محمد سليمان، المرجع السابق، ص ٤٠

(٢) د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، ط. دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، ف ٧ ص ١٤.

(٣) يذكر د. مجد محمد سليمان في مؤلفه: الخطأ السلبي في المسئولية المدنية، ص ٤٠ أن محكمة النقض الفرنسية في تاريخ ١٩٦٣/١/١٨م قد اعتبرت مالك المبنى الذي يهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع سقوط الثلوج من مبناه على المارة أو التقليل من قوتها أو تنبيه المارة إلى خطرها مسئولا عن الأضرار التي تلحق بالآخرين.

(٤) د. مجد محمد سليمان، المرجع السابق، ص ٤١.

المطلب الثاني

أثر الامتناع في تحقق عنصر الخطأ التقصيري

يلاحظ من خلال عرض أنواع الامتناع أن النوع الأول والثاني (الامتناع البسيط، والامتناع ذو النتيجة) من حيث ترتيب الأثر في تحقق عنصر الخطأ التقصيري، يرتبطان بأحكام النوع الثالث والرابع، حيث قد يكون الامتناع فيهما مسبوقا بالتزام قانوني أو عقدي، وقد لا يكون كذلك، وسأبين فيما يلي الأثر المترتب في كل حالة منهما، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أثر الامتناع المسبوق بواجب أو التزام

خطأ الامتناع المسبوق بالتزام قد يكون مرده التزام قانوني، أو التزام إرادي (عقدي).

أولا: أثر الامتناع المسبوق بالتزام قانوني:

في هذه الحالة سيترتب على الامتناع - من الناحية المدنية - خطأ تقصيري يحمل مرتكبه المسئولية التقصيرية إذا ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، و توافرت باقي أركانها - المسئولية التقصيرية -[(١)]، فمن يقود سيارته بسرعة زائدة في الأماكن المزدحمة متجاوزا الحدود المسموح بها قانونا يتحمل مسئولية الأضرار اللاحقة بالغير نتيجة ذلك (توافر الضرر وعلاقة السببية).

ويقع عبء إثبات التعدي بالامتناع على المضرور، فالمسئولية هنا تقصيرية عن عمل شخصي سلبي يقوم على خطأ واجب الإثبات، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين

---

(١) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسئول إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث يثبت أن الضرر قد نشأ عن ذلك الخطأ ونتيجة لحدوثه. الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٦٨ق و ١٥٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٥، وجدي شفيق، الموسوعة الذهبية في مبادئ النقض المدنية ج ٥ ص ٢١٦ / الطعن رقم ١٢٩١٨ لسنة ٨٦ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٨/١٢/١٦م

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111390284&ja=257993

قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وأخل بالتزامه القانوني، فلم يصطنع الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير[١]، وكذا امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي بحوزته إذا توافرت حالة من الحالات التي يجوز فيها طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من محررات، واستكملت الشروط والإجراءات المطلوبة، وصدر أمر قضائي بالإلزام وحدث الامتناع حيث يعد الامتناع مرتبا للمسئولية التقصيرية إذا ترتب على ذلك ضرر، ولو كان ذلك بتفويت كسب أو منفعة محققة، فقد يكون بهذا الدليل فائدة في مطالبات أخرى تجاه غير حائز المحرر - الدليل - وامتناع الحائز عن تقديمه حرم طالبه من الاستفادة به، وفي ذلك تفويت منفعة وكسب محقق، وهما من عناصر الضرر الذي يستحق المضرور عنه تعويضا إذا أثبت ذلك.

ثانيا: أثر الامتناع المسبوق بالتزام إرادي (عقدي):

في هذه الحالة سيترتب على الامتناع خطأ عقدي مرتب للمسئولية العقدية إذا توافرت باقي أركانها، بموجب ما بين الطرفين - أو الأطراف - من اتفاق سابق على القيام بعمل امتنع عنه المخل بالتزامه.

وعلى ذلك يسئل المقاول الذي تم الاتفاق معه على استعمال مواد معينة في البناء فامتنع عن استخدامها، وأدى ذلك إلى نتائج ضارة بالعميل، فامتناع المقاول في هذه الصورة يعد خطأ عقديا وليس تقصيريا[٢].

ولا شك أن هناك اختلافا كبيرا بين أحكام المسئولية التقصيرية (التي تثبت في حالة الامتناع عن إتيان إلزام قانوني سابق) والمسئولية العقدية (التي تثبت في حالة الامتناع عن إتيان التزام اتفاقي سابق) سواء من حيث مصدر الخطأ، أو في نوع الضرر الذي يتم تقدير التعويض على أساسه، وكذا من حيث افتراض المدينين في المسئولية التقصيرية إذا تعددوا بعكس المسئولية العقدية التي لا يفترض فيها التضامن بل لابد من وجود اتفاق، ومن حيث مدد التقادم المتعلقة بكلا النوعيين

(١) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج٢ ف ٥٣٠ص٧٨٥

(٢) د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، المرجع السابق ف ٣٤٧ ص ٣٥٣ وما بعدها.

من المسئولية[١].

ازدواجية[٢] المسئولية المدنية نتيجة خطأ الامتناع:

قد تختلط دعوى المسئولية التقصيرية بدعوى المسئولية العقدية الناتجة عن الامتناع عن الفعل، ولا يجوز الجمع بين المسئوليتين[٣]، لأن المسئولية لن تكون مصدرا لإثراء الدائن بالجمع بين التزامين[٤].

ويرجح الفقه المصري عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين، ووجوب تطبيق أحكام المسئولية العقدية إذ طالما أن أطراف التعاقد قد نظموا الجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، فإن هذا التنظيم دون غيره هو الواجب الاتباع، ولا يجوز الانصراف عنه لأحكام المسئولية التقصيرية لعدم الإخلال بالقوة الملزمة للمسئولية العقدية[٥]، رغم تعلق أحكام المسئولية التقصيرية بالنظام العام[٦]، مالم

---

(١) سبق الإشارة إلى أهم الفروق بين المسئولية التقصيرية والعقدية، هامش (٣٤) ص١٠٢٢ من هذا البحث
وراجع في ذلك: د. السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق ف٥١٠ص٧٤٩، ٧٥٠ / د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف٣٣٠ ص٣٣٢ وما بعدها / د. سمير تناغو، المرجع السابق، ف١٦٠ ص ٢١٨، ٢١٩ / د. محمد لبيب شنب، المصادر غير الإرادية، المرجع السابق، ف ٥، ص ٣٢٦، ٣٢٧ / د. عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ف ٥، ص ٧ وما بعدها / د. عبد الله النجار، المرجع السابق ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) درج الفقه العربي على إطلاق مصطلح ازدواجية المسئولية كتعبير دال على كل من المسئولية التعاقدية والتقصيرية. د. محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق ص ٢٧٥ هامش ١٤.

(٣) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج٢ ف ٥١٤ ص ٧٥٧ / د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف٣٣٤ ص٣٣٩ / د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ١٦١ ص ٢١٩، ٢٢٠ / د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ف ٦، ص ٣٢٨

(٤) د. سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٥) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ف ١٦٢ ص ٢٢١ / د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص٣٣١.

(٦) يذكر د. سليمان مرقس في مؤلفه أصول الالتزامات تبرير عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين: (ولا زلت أرى أن عدم الخيرة أولى بالاتباع حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد بالرغم من نصه صراحة على اعتبار أحكام المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام وغير جائز =

يكن الإخلال العقدي مكونا لجريمة جنائية كامتناع المودع لديه عن رد الشيء المودع، ثم يتضح أن امتناعه عن الرد تتوافر في شأنه أركان جريمة خيانة الأمانة[١] أو كان راجعا لغش المدين، أو خطأه الجسيم، فيجوز للدائن التمسك بأحكام المسئولية التقصيرية[٢].

=

الاتفاق على الإعفاء منها م٣/٢١٧ إذ أن تعلق هذه القواعد بالنظام العام لا يعني شمولها جميع أنواع العلاقات، ولا ينفي أنها إنما وضعت لتطبيقها على غير العاقدين فحسب، وأن العاقدين يخضعون في علاقاتهم العقدية لأحكام المسئولية العقدية وحدها دون حاجة بهم إلى الاتفاق على استبعاد أحكام المسئولية التقصيرية، لأن هذه الأحكام لم توضع لهم بل لغيرهم غير أنه إذا كون الإخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية أو كان راجعا إلى غش المدين كان للدائن أن يختار بين المسئوليتين). د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف٣٣٥ ص ٣٤٢.

- والمقرر في أحكام محكمة النقض: أنه إذا كانت العلاقة التي تربط طرفي النزاع علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه التعاقدي فإن أحكام العقد والمسئولية العقدية تكون هي الواجبة التطبيق ذلك لأنه يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له. الطعن رقم ٧٨٢٧ لسنة ٨٤ ق - الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٣/٢٨م

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111257515&ja=76795.

(١) د. عبد الرازق حسن فرج، مصادر الالتزام غير الإرادية، المرجع السابق، ف٧، ص١٠.

(٢) وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه حيث أجازت للدائن العقدي التمسك بأحكام المسئولية التقصيرية إذا كان عدم تنفيذ الالتزام العقدي راجعا إلى غش أو خطأ جسيم من المدين، لإخلال المدين بالتزام قانوني يمتنع عليه أن يرتكبه في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد.

فقضت بأن المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في دعوى التعويض التى يرتبط فيها المضرور مع المسئول بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد والقواعد القانونية المكملة له المتعلقة بالمسئولية عند الإخلال بتنفيذه ما لم يثبت أحد المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه الطرف الآخر يشكل جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على إنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الأحوال سواء أكان متعاقدا أم غير متعاقد. الطعن رقم ٦٤٢٣

=

وقد أكد مشروع قانون إصلاح أحكام المسئولية المدنية في فرنسا PLRRC Urvoas أنه لا يمكن للمدين أو الدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أن يتجاوز النصوص المتعلقة بالمسئولية التعاقدية بغرض تطبيق القواعد الخاصة بالمسئولية غير التعاقدية، مؤكدا بذلك المبدأ الاجتهادي المستقر عليه في فرنسا منذ القرن التاسع عشر القائم على عدم الخيار بين المسئولية التعاقدية وغير التعاقدية، مانعا بذلك أطراف العقد من التنصل من أحكام المسئولية التعاقدية وصولا إلى تطبيق أحكام المسئولية غير التعاقدية[١].

ودعوى المسئولية التقصيرية وإن امتازت بأن التعويض فيها يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، بعكس المسئولية العقدية التي يقتصر التعويض فيها على الضرر المتوقع - كأصل عام ــ إلا أن الإثبات في الأخيرة أيسر[٢].

الفرع الثاني: أثر الامتناع المجرد عن التزام سابق

استقر الفقه والقضاء على اعتبار خطأ الامتناع المسبوق بالتزام قانوني، عنصرا من عناصر الخطأ التقصيري، إلا أن الأمر لم يكن محل اتفاق لحالة الامتناع المجرد عن التزام سابق، وذلك على النحو التالي:

=

لسنة٦٤ ق جلسة ٢٠١٩/٨٦م.

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392622&ja=82830

(١) د. محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص٢٧٦ هامش١٦.

(٢) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص ٣١.

والمقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تقدير التعويض على أساس المسئولية العقدية أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية إذ إنه طبقا للمادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية - في غير حالتى الغش والخطأ الجسيم - على الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن في الاستطاعة توقعه ببذل جهد معقول ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي. الطعن رقم ٧٨٢٧ لسنة ٨٤ قضائية - الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٣/٢٨م

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111257515&ja=154925

الاتجاه الأول: (أنصار المذهب الفردي):

وهذا الاتجاه يقدس الحرية الفردية لأبعد حد ممكن، وبهذا الاعتبار يرون حرية الفرد في القيام أو عدم القيام بعمل لم يرد به نص قانوني ملزم أو اتفاق، حيث إن الأصل هو صون حرية الفرد ولا يمكن أن يحد من هذه الحرية إلا بنص خاص، ومن ناحية أخرى ليس بسائغ مساءلة الفرد عما لم يكن مكلفا به، وله أن لا يقوم بشيء إزاؤه، وبالتالي تنعدم رابطة السببية بين الامتناع المجرد عن التزام سابق وبين الضرر الواقع.

وطبقا للقواعد العامة، فإن الامتناع يعد خطأ في الحالات التالية[١]:

١/ إذا وقع الامتناع خلافا لما أوجبته القوانين واللوائح.

٢/ إذا وقع الامتناع عن عمل تستدعيه حماية الغير، مما أصاب الغير مباشرة بالضرر، كما لو كان العمل محفوفا بالمخاطر التي قد تصيب الغير بضرر، ومع ذلك امتنع من قام بهذه الأعمال عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية الغير من الأضرار.

٣/ إذا وقع الامتناع أثناء القيام بعمل مما أدى إلى تمكين آخر من الإضرار بالغير تسببا: كما لو صرف البنك شيكا مزورا منسوبا لعميل، دون أن يتحقق - ممتنعا - من صحة التوقيع الموجود.

٤/ إذا وقع الامتناع عن صيانة الأشياء التي ألحقت ضررا بالغير: كترك البناء دون صيانة فانهار جزء منه وسقط على أحد المارة.

وفي غير هذه الحالات إن كان في استطاعة الشخص أن يدفع هذه الأسباب ويمنع أذاها عن الغير، فآثر الامتناع والترك، فإنه لا يسئل عن ضرر لا دخل له فيه لمجرد امتناعه عن صده دون أن يكون مكلفا بدفع هذا الضرر بحكم أو باتفاق أو بقانون، أو بمعنى آخر ما يندب إليه الشخص دون أن يفرض عليه قانونا لا يعد تركه موجبا للمسئولية[٢]

(١) مستشار / عز الدين الدناصوري، المسئولية المدنية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ٦٨

(٢) مستشار / عز الدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٧٠

فليس ثمة مسئولية على المار الذي امتنع عن إطفاء عود الثقاب الذي ألقاه آخر قرب كومة من الحطب، وعلى العكس يعد المقاول الذي لم يضع علامة تنبيه إلى حفرة حفرها بالطريق العام مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب السقوط فيها، وتنعدم مسئوليته إن كانت الحفرة في ملك خاص محاطة بسياج فسقط فيها أحد زائري المالك، حيث يتحمل المالك أخطاء المرور في الملك الخاص[١].

وقد لاقي هذا الاتجاه تأييدا من الفقيه الفرنسي سافتيه حيث رأى أن حق الانسان في الفعل أو الامتناع حق مطلق، فمثلا الطبيب له الحرية أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فكيف يكون مسئولا إن هو امتنع عن التعاقد ؟ وكيف يكون امتناعه سببا للمسئولية ؟ وكيف يجبر الشخص على الخروج من الحالة السلبية ليقوم بدور إيجابي؟[٢]

وقد برر البعض لذلك بأن أساس المسئولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني وهو عدم الإضرار بالغير وليس الإخلال بحمايتهم، ومساءلة الفرد عن الامتناع المجرد من الالتزام السابق مؤداه تحميله بالتزام وعبء إضافي[٣].

الاتجاه الثاني: (أنصار المذاهب الاجتماعية)

ويرى أنصار هذا الاتجاه إمكانية تحقق الخطأ بالامتناع البسيط المجرد عن التزام سابق، لاسيما في نطاق المسئولية التقصيرية التي لا تخضع للقواعد العامة في المسئولية الجنائية، وليست بحاجة إلى نص صريح يقضي بوجود الخطأ التقصيري[٤]. لاسيما حينما يكون الامتناع مخالفا لقواعد الحياة الأساسية في المجتمع، إذ يكون حالتها - الممتنع ـ مخالفا للقواعد العامة في القانون القاضية

(١) د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، المرجع السابق، ص٢٢،٢٣.

(٢) مشار إليه لدى د. باسم محمد فاضل، المرجع السابق ص٨٠.

(٣) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٢٥، وأشار سيادته أن المحاكم الفرنسية قد قضت بعدم مسئولية الأخ الذي ترك أخته المعوقة وأهمل أمرها والعناية بها وامتنع عن تقديم الطعام والشراب لها، حتى ماتت في حجرتها استنادا إلى أنه لا يعاقب إلا على منع تقديم الطعام والغذاء وليس الامتناع، والفارق بينهما كبير إذ أن المنع عمل ايجابي، أما الامتناع فهو عمل سلبي لا يعاقب عليه القانون.

(٤) أسماء موسى سعد، المرجع السابق، ص ٤٨

باحترام حقوق الآخرين[١]، وقصر دائرة الخطأ على الإخلال بالواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدي إلى تضييق نطاق العنصر المادي للخطأ تضييقا شديدا من شأنه أن يجعل قواعد المسئولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة، وما تقتضيه من تعويض في كثير من الحالات الأخرى[٢].

حيث إن هناك طائفة من الواجبات والالتزامات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين، وهذه الالتزامات والواجبات تقع على عاتق كل شخص آخر غير صاحب الحق، فهي واجبات عامة محلها الامتناع عما من شأنه أن يمس بالحق المقابل له، أي أنه واجب سلبي ذو محل معين أو قابل للتعيين[٣]، و للقاضي بما له من حرية تعيين الواجبات القانونية أن يقرر وجود خطأ بغير أن يكون مقيدا بنص قانوني[٤]، وذلك ما فرضه القضاء الفرنسي من الالتزام بالإعلام والإفضاء - من قبل المتعاقدين - قبل الدخول في عملية التعاقد وتقرير مسئولية الممتنع عن ذلك[٥].

(١) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٢٤،

(٢) أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٣) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف ٣٥٥ ص ٣٦٢،

(٤) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص ٢٢.

(٥) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، ف ٣٦ ص ٦٠

ومن أهم أهداف تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي هو تحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين، لاسيما حينما تكون العلاقة بين متعاقد مهني (محترف) ومستهلك (قليل الدراية)، وتبنى القضاء الفرنسي الاتجاه الموسع في تعريف المستهلك، حيث أطلقه على كل من يتعاقد خارج نطاق اختصاصه، فقضي بأن العقد الموقع من التاجر المهني لأجل احتياجات تجارته ليس محلا لتطبيق المادة ٣٥ من قانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٨١، حيث إن هذا القانون - على حد تفسير القضاء ـــ لا يتعلق إلا بالعقود التي تتم بين المهني وغير المهني.

نقلا عن أستاذنا الدكتور / أسامه أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، ط. دار النهضة العربية، ف٢٠ ص ٥٨ هامش١.

وعرف الفقيه الفرنسي نجين تانه المحترف بأنه: كل شخص يتعاقد في إطار مهنته أو حرفته، أما غير المحترف فهو: كل شخص يتعاقد في مجال غير خبرته أو تخصصه ولا تتوافر فيه الخبرة أو المعرفة الحقيقية في مجال التعاقد.

=

لذلك سلم بوجوب عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة، وضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها يعد الإخلال بها خطأ يستتبع المسئولية والتعويض، وقد تعددت الاتجاهات التي يمكن الاستناد إليها في تحديد تلك الواجبات، فالفقيه الفرنسي (بلانيول) قد أسند هذه الواجبات إلى المبادئ العامة للقانون، حيث عد من الخطأ الإخلال بأي التزام من الالتزامات العامة التي لا يحتاج تقريرها إلى نصوص خاصة، بل تستنبط من المبادئ العامة للقانون ومنها خطأ الامتناع، إلا أن هذا الاتجاه قد ووجه بنقد شديد لعدم إمكانية حصر هذه الواجبات لأنها تنشأ من ظروف حياتية مختلفة ومتنوعة تنوعا لا نهائيا، وهناك اتجاه آخر يتزعمه الفقيه الفرنسي (سافتييه) والذي استعان بقواعد الأخلاق في تحديد الواجبات غير المنصوص عليها قانونا، فعرف الخطأ بأنه: (إخلال بواجب قانوني، كان في وسع المخل أن يتبينه و أن يلتزمه)، إلا أن هذا الاتجاه أيضا قد ووجه بالنقد لتوسعه في نطاق الخطأ حيث لا يمكن اعتبار جميع الواجبات الأدبية بما فيها واجب الإحسان إلى الغير واجبا يعد الإخلال به خطأ مدنيا، والاتجاه الثالث في هذا الصدد يقيم فكرة الخطأ على أساس وجود واجب قانوني عام يقضي بعدم الإضرار بالغير أو اتخاذ الحيط اللازمة لعدم الإضرار به، فالخطأ في المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني عام صادر عن إدراك وتمييز، وهو التزام دائم ببذل عناية يراعي الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب عد انحرافه خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية[١]

والمعول عليه في ذلك - على نحو ما ذكرت سابقا - معيار الرجل العادي ـــ من خلال وضعه في نفس الظروف الخارجية التي توافرت عند الامتناع عن الفعل المجرد من التزام سابق، لتحديد توافر عنصر الانحراف (الخطأ) من عدمه، والذي

=

نقلا عن د. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، ط. دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ١٧٩، ١٨٠ / وقرب ذلك د. أسامه أحمد بدر، العقود المسماة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص٣٦٤.

(١) نقلا - بتصرف - عن أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ف ٢٠٢ وما بعدها، ص ٢١٤ وما بعدها.

قد يكون عمديا أو غير عمدي، وقد يكون جسيما أو يسيرا، ولا عبرة في التفرقة في ذلك في عنصر الخطأ، حيث يثبت الخطأ طالما ترتب الضرر، وتوافرت أركان المسئولية الأخرى[١].

تقييم الاتجاهيين:

من خلال ما سبق يتضح أن الاتجاه الأول قد خلط بين مفهوم الخطأ في القانون الجنائي مع مفهوم الخطأ في القانون المدني، وعل هذا الاتجاه يجد تطبيقه بشكل أشمل في نطاق المسئولية الجنائية التي يحكمها مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)[٢]، وبالتالي فلا مسئولية جنائية لعدم تدخل العامل في منع جريمة على رب العمل، لأنه لا نص يعاقبه على امتناعه عن التدخل الإيجابي[٣]. إلا أن أساس الخطأ في المسئولية الجنائية يختلف عنه في المسئولية المدنية[٤]،

(١) وإن كان لذلك تأثير في تقدير التعويض حينما يكون عن خطأ عمدي أو جسيم، وأيضا يتفرد كل من الخطأ العمدي و الخطأ الجسيم بأحكام خاصة في نطاق المسئولية المدنية، حيث لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كان الخطأ عمديا أو جسيما، كما أن التعويض يكون عن الضرر المتوقع، وغير المتوقع إذا كان الخطأ عمديا أو جسيما، كذلك لا يجوز التأمين على المسئولية عن الخطأ العمدي.
د. إياد جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها

(٢) أسماء موسى سعد، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٣) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص٢٢

(٤) والمحكمة في ذلك تتقيد بالسبب الذي تقام عليه الدعوى، فليس للمحكمة أن تبني الدعوى على سبب غير الذي رفعه بها صاحبها، والحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية لا يستتبع حتما انتفاء المسئولية المدنية، فمن الممكن أن تقضي بالتعويض برغم الحكم بالبراءة وفق ما ثبت لها من خطأ مدني قائم على الأساس الذي جرت المطالبة به، وإذا كان الحق المدعى به ناشئا عن ضرر المدعي من الجريمة التي اقترفها المتهم، ورأت المحكمة أن الضرر لم يكن ناشئا عن هذه الجريمة بل نتيجة فعل آخر، فإن المحكمة الجنائية لا تختص بدعوى التعويض هذه، إذ يجب أن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئا عن الجريمة مباشرةً، وتقضي المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة النقض، إذ أنه من النظام العام المتعلق بالولاية القضائية، وإذا رأت المحكمة الجنائية أن الفصل في التعويض عن الأضرار يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبني عليه تعطيل الفصل في

فأساس الخطأ في القانون الجنائي مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، بينما خطأ الامتناع في المسئولية المدنية غير مرتبط بهذه القاعدة، حيث إن قواعد المسئولية تربط بين الخطأ والضرر في تحديد مسئولية الممتنع[١]، وهو ما يستفاد من صياغة المشرع المصري في تعريفه للخطأ في المادة ١٦٣ مدني بأنه: كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهو ما يعني أن الخطأ التقصيري الشخصي يشمل كل امتناع إذا ترتب عليه ضرر، لأن النص لم يقصر الخطأ على السلوك الإيجابي، ومن هنا فقد عرف الخطأ التقصيري بأنه: إخلال بالتزام قانوني عام صادر عن إرادة مميزة[٢].

الدعوى الجنائية، فيجب أن تحيل دعوى التعويض للمحكمة المدنية المختصة بلا مصروفات ولا تقضي بعدم اختصاصها (م ٣٠٩ إجراءات جنائية). انظر: د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص ٢٨، ٢٩.

- مع ملاحظة أن محكمة الموضوع في تقصيها للحكم القانوني الصحيح المنطبق على طرفي دعوى التعويض لا تتقيد بطبيعة المسئولية التي استند إليها المضرور أو النص القانوني الذى اعتمد عليه ولا يعد ذلك تغييرا منها لسبب الدعوى أو موضوعها، إذ المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه يتعين على محكمة الموضوع في كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها باعتبار أن كل ما تولد للمضرور من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قِبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض، مهما كانت طبيعة المسئولية التي استند إليها المضرور في تأييد طلبه، أو النص القانوني الذى اعتمد عليه في ذلك، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمها على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها. الطعن رقم ٦٤٢٣لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠١٩/٦/٨م.

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392622&ja=267827

(١) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٨.

- ومن المقرر في قضاء محكمة النقض: أن الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة (١٦٣) من التقنين المدني هو: الإخلال بواجب قانوني، ولا تقتصر الواجبات القانونية على ما تفرضه النصوص التشريعية بل تشمل كل الواجبات القانونية التي ولئن لم

كما أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من انعدام رابطة السببية بين خطأ الامتناع غير المسبوق بالتزام والضرر محل نظر ولا شك، حيث إن الضرر ينشأ من عدة أسباب منها الامتناع عن الفعل طالما كان مرتبا للضرر، وهو ما يكفي لإثبات السببية إذا ثبت أنه إذا لم يكن هذا الامتناع ما وقع الضرر، وتنعدم المسئولية حيثما ينتفي الخطأ[١].

وأما ما تمسك به أنصار هذا الاتجاه بحرية الفرد في أن يفعل أو لا يفعل مالم يكن هناك التزام بنص قانوني، فهذا ما كان سائدا في ظل المذاهب الفردية، واندثرت مع ظهور المذاهب الاجتماعية، ولم تصبح الحقوق مطلقة، بل إنها مقيدة بعدم التعسف في استعمالها، وقد أعطى المشرع المصري لصاحب الحق استعمال حقه طالما كان ذلك مشروعا (م٤/ مدني)، ثم حدد في المادة الخامسة معايير إذا وجدت إحداها عد الاستعمال للحق غير مشروع (متعسفا)

ومن ثم يعد فيها الممتنع المستعمل لهذا الحق - الامتناع - متعسفا وهي:

١/ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢/ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما

=

ترد في نص قانوني إلا أنها تستمد إلزامها من المبادئ العامة في القانون بغير حاجة إلى نص خاص يقرر ذلك. (الطعن رقم ٧٦١٢ لسنة ٨٠ ق - جلسة ٢٠١٨/٢/٥م).

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379532&ja=226460

كما قضت بأن المقرر - في قضاء محكمة النقض ـ أن المشرع إذ نص في المادة ١٦٣ من القانون المدني على أن: كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، فقد رتب الالتزام بالتعويض عن كل خطأ سبب ضررا للغير، وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ، سواء كان مكونا لجريمة معاقب عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الاخلال بأي واجب قانوني لم تكفله القوانين العقابية..... فلا يمنع انتفاء الخطأ الجنائي من القول أو الفعل المؤسس عليه الدعوى المدنية من توافر الخطأ المدني في هذا القول أو ذاك الفعل.

طعن رقم ٢٤٨٤ س ٦٥ق ٢٠١٩/٨/١م لدى المستشار الدكتور / أنور طلبه، المطول في القانون المدني، طبعة شركة ناس للطباعة، ٢٠٢١ ج ٣ ص ٤٩٩.

(١) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص ٢٣.

يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣/ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

ومن ثم يتضح قصد المشرع بتعميم تطبيق نظرية التعسف على استعمال الحق أيا كان مصدره وطبيعته، بل وتطبق على ما يسمى بالحقوق المطلقة أو التقديرية وهي الحقوق التي يترك استعمالها لتقدير أصحابها[١].

ولا يستساغ ما قرره المذهب الفردي من إعفاء مستعمل الحق لحقه حتى لو ترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير، إذ من شأن ذلك تقديم مصلحة الفرد على مصلحة المجموع وهو ما يتنافى مع ما هو مقرر من وضع قيود على استعمال الحق بحيث إذا تعارضت المصلحة الفردية مع مصلحة المجموع قدمت الأخيرة[٢].

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٣٦٢،٣٦٣.

وفي فرنسا لم يكن الامتناع عن تقديم المساعدة مجرما حتى صدر قانون (فيجي) في عام ١٩٤١ الذي جرم الامتناع عن تقديم المساعدة لمن كان في حالة الخطر، ولم تشكل المعونة ضررا على حياة الممتنع، ونص على هذه الحالة في قانون العقوبات الفرنسي المعدل سنة ١٩٤٥م بالمادة ٢/٦٣ واعتبر الامتناع جريمة يعاقب عليها بالسجن من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية تتراوح مابين ست وثلاثون ألف فرنك إلى مليون ونصف فرنك فرنسي، وعليه اعتمد القضاء الفرنسي أن الطبيب يشغل وظيفة اجتماعية وعليه واجبات تجاه المجموع، وأن الإخلال بأحد هذه الواجبات سواء كانت مفروضة عليه بمقتضى القانون أو بمقتضى تقاليد وأعراف المهنة، يشكل مسئولية قانونية على الطبيب الممتنع.

أنظر: د. جمال زيد الكيلاني، المسئولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون المسمى إغاثة الملهوف، مجلة جامعة النجاح للأبحاث،٢٠٠٥، ج١٩ ص ٢٠٨، نسخة إلكترونية من موقع الويب https://ketabpedia.com

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٥٠، ٣٥١

المبحث الثاني

أحكام امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات

قد يكون دليل الإثبات المطلوب تقديمه في الدعوى لدى الخصم أو الغير محررا كتابيا، وقد يكون شيئيا عينيا تعلق به حق شخصي أو عيني لطالب تقديم الدليل أو عرضه.

وتدور فرضية البحث وكما سبق أن نوهنا حول امتناع الخصم أو الغير ممن بحوزته دليل يتعلق بالحق موضوع الخصومة القضائية، غير المستفيد من هذا الدليل، حيث إن امتناع صاحب الدليل عن تقديمه لا يعدو أن يكون تقصيرا وتفريطا منه، ولا يجوز للقاضي توجيهه لإثبات دعواه إن هو ترك ذلك تطبيقا لمبدأ حياد القاضي.

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وللشخص أن يمتنع عن تقديم ما تحت يده من أدلة أو محررات، وهذا حق من الحقوق، ولكن شريطة ألا يكون متعسفا وإلا عد الامتناع امتناعا غير مشروع، يجوز المطالبة بوقفه أو إزالته إن كان ممكنا.

ولقد كان للمشرع في قانون الإثبات المصري معالجة خاصة بالحالة المفترضة، حيث وضع الشروط والضوابط والإجراءات لكل حالة، وترك مجالا للقاضي يظهر فيه الدور الإيجابي - للقاضي - إزاء كل حالة من الحالات.

ومن هنا فقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أحكام طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه على من يدعي حقا متعلقا به.

المطلب الثاني: دور القاضي في إلزام الخصم أو الغير الممتنع عن تقديم دليل الإثبات.

المطلب الثالث: أثر امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات في تحقق عنصر الخطأ التقصيري.

وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أحكام طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه على من يدعي حقا متعلقا به.

تمهيد:

يعد الخصم - طبقا للقواعد العامة - متعسفا في امتناعه عن تقديم دليل الإثبات، إذا وجدت حالة من حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة (١/٥مدني)، كما لو كان لم يقصد من امتناعه سوى الإضرار بخصمه أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب خصمه من ضرر بسببها، أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، وإذا كان الشخص متعسفا جاز المطالبة بوقف التعسف وإزالته، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم ما يوجد تحت أيديهما من أوراق، وهو ما عالجه المشرع في قانون الإثبات بل أخذ بدعوى العرض لإلزام كل من حاز شيئا أو حرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به ولو كان من غير الخصوم، وذلك من خلال وضع شروط وضوابط لكل حالة من الحالات، وهذا ما سأعرض له خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: طلب إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات (المحرر الموجود تحت يده).

الفرع الثاني: طلب إلزام الغير بتقديم دليل الإثبات (المحرر الموجود تحت يده).

الفرع الثالث: طلب إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به.

وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: طلب إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات (المحرر الموجود تحت يده)

ينصرف لفظ المحرر أو المستند الذي يلزم الخصم بتقديمه إلى كل دليل إثبات كتابي لصالح الطالب، وموجود تحت يد الخصم.

وإذا كان للخصم حرية الامتناع عن تقديم ما يوجد تحت يده من أدلة، ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، فكما لا يجوز أن يصطنع دليلا لنفسه، لا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، كما أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه(١)، كما أنه لا يجبر على تقديم ما يدين به نفسه قضاءً لا ديانةً، لأنه يجب على كل شخص - ديانة - عدم جحد حق غيره متى كان عالما بذلك(٢).

ولكن هذه الحرية يجب عدم التعسف فيها فهي إن كانت حق للخصم، ولكنها كسائر الحقوق مقيدة بقيد عام وهو عدم التعسف في استعمال الحق، والتي أقر لها التقنين المدني الحالي نظرية عامة(٣)، وأساسها القانوني هو المسئولية

(١) د. السنهوري، الوسيط - الإثبات، ج ٢ ف٣١ص٣٨ / د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) د. نبيلة رسلان، د. عبد الحميد عثمان، دروس في أحكام الالتزام والإثبات، ١٤١٩هـ، ف ١٩ ص٣٨٦

(٣) قبل صدور التقنين المدني الحالي، لم يوجد في التشريع المصري نص عام في موضوع التعسف في استعمال الحق، وإن اشتمل على بعض نصوص تطبيقية قليلة. د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٦١.

- وقد أقر التقنين المدني المصري الحالي نظرية التعسف، وجعل لها معنى العموم بما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون قاطبة، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٢٠٧: أنه قد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة.

وعمد المقنن إلى تحديد المعيار الذي ينبني عليه التعسف تحديدا دقيقا، فهو في الفقرة الأولى: من المادة الخامسة قصد الإضرار، وفي الفقرة الثانية: قصد تحقيق مصلحة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البت مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وفي الفقرة الثالثة: عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها. أنظر: استاذنا الدكتور / محمد الفقي، نظرية الحق، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الثانية،، ٢٠٠٣ ص ٢٠١ وما بعدها.
=

التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يتمثل في صورة الانحراف عن حدود الرخصة[١]، ووضع المشرع لهذه النظرية معايير منصوص عليها في المادة ٥/ مدني بحيث إذا توافرت حالة منها عد امتناع الخصم عن تقديم الدليل الذي بحوزته عملا غير مشروع يجوز المطالبة بوقفه و إزالته إن كان ممكنا[٢]

وقد حددت المادة ٢٠ من قانون الإثبات وما بعدها الحالات التي يجوز فيها للخصم طلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده، وشروط كل حالة وإجراءاتها، وذلك على النحو التالي:

أولا: حالات إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده[٣]:

١-إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم أو تسليم المحرر:

- والمقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة الخامسة من القانون المدني على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الاتية ..." يدل على أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنظم نواحي وفروع القانون. (الطعن رقم ١٠٩٠٤ لسنة ٨١ ق - الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٨/٥/٦م).

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111386059&ja=247737

(١) من المقرر في قضاء محكمة النقض: أنه ولئن كان المشرع، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني، قد أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لها من العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، إلا أن الأساس القانوني لهذه النظرية ليس هو إلا المسئولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يتمثل في صورة الانحراف عن حدود الرخصة يوجب التعويض. (الطعن رقم ١٦٠٥٥ لسنة ٨٢ ق - الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٦/١٢/٢٥م).

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111302082&ja=159762

(٢) د. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، طبعة منشأة المعارف، ١٩٩٦، ص ٢٧٣

(٣) وهي حالات واردة على سبيل الحصر، يجوز فيها للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده، إلا أن الفصل في الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع، فله أن لا يقبله إذا تبين أن الورقة غير منتجة أو رأى عدم جديتها رغم توافر أيا من الحالات الثلاث. انظر: المستشار/عز الدين الدناصوري،أ/ حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، طبعة عالم الكتب ١٩٧٧، الطبعة الثانية،ص٤٥،وأشير فيه في هذه الجزئية إلى حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٧م س ١٢ ق.

ولا يشترط أن يكون مرد الالتزام هنا قانون معين، كالقانون المدني أو التجاري.... الخ بل يكفي أن يكون مرد الالتزام أي قانون أو لائحة، فالمقصود بالقانون هنا: القانون بمعناه العام(١)، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٨ من قانون التجارة المصري الجديد أنه: (يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم، أو من تلقاء نفسها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها، وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك).

٢- إذا كان المحرر المطلوب تقديمه مشتركا بين الخصوم:

نصت المادة ٢٠ / إثبات على حالتين تعد فيهما الورقة مشتركة بين الطالب وخصمه، وهما:

أ- إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين.

ب- إذا كان المحرر مثبتا لالتزامات وحقوق الخصمين المتبادلة.

ومما هو جدير بالملاحظة أن هاتين الحالتين قد وردتا على سبيل المثال، ويتضح ذلك من الصياغة اللفظية لنص المادة في عبارة: (وتعد الورقة المشتركة على الأخص.....)، ومن ثم فإنه يجوز طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة أو محرر موجود تحت يده كلما كانت هذه الورقة أو ذاك المحرر مثبتا حقا لطالب تقديمها، حيثما تكون له مصلحة في تقديمها تفوق مصلحة خصمه في الاحتفاظ بها(٢)، وذلك كعقد

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ص ٣٩٩، ٤٠٠ / د. عبد الودود يحى، الموجز في قانون الإثبات، المرجع السابق ص ٩٠/ د. أسامه أحمد شوقي المليجي، شرح القواعد الاجرائية في الإثبات، ١٩٩٧ ص ٧١

(٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف١٥١ ص ٤٠٠.

- وقد جاء في حكم النقض جلسة ٢٠١٧/١١/١٩ م بأنه: حاصل ما ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ذلك أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعوى بحالتها لعدم تقديم الطاعن المحرر المدعى بتزويره مع أنه دلل على وجوده فى حوزة المطعون ضده إذ قدم صورته في دعوى الإفلاس ٩٠٢ لسنة ١٩٩٩ الجيزة الابتدائية وعلى الرغم من أنه ألزم المطعون ضده بتقديمه إلا أنه عدل عن ذلك دون إبداء أسباب وقضى برفض الدعوى بحالتها فإنه يكون معيبا بما يستوجب =

بيع أو عقد إيجار، وترجع الحكمة في إلزام الخصم بتقديم المحرر المشترك بينه وبين خصمه إلى أن هذا المحرر ليس شخصيا ولا خاصا بالخصم بل تتعين التزاماتهما وحقوقهما التبادلية به، وبالتالي تعلق به حقهما معا[١].

٣- إذا استند الخصم إلى المحرر في أي مرحلة من مراحل الدعوى:

نقضه، وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن النص في المادة ٢٠ من قانون الإثبات قد جرى على أنه " يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يديه أ (إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه) ب (إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتها وحقوقها المتبادلة) ج (إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى) ... الخ ولما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام الدعوى بطلب الحكم برد وبطلان كشف تحليل الدائنين الخاص بميزانية شركة..... عن عام ١٩٩٧ وقدم صورة ضوئية منه، وطلب إلزام المطعون ضده بتقديم الأصل ليتوصل إلى طلبه برده وبطلانه، فألزم الحكم الابتدائي المطعون ضده بتقديمه، إلا أنه عدل عن ذلك دون إبداء أسباب وقضى برفض الدعوى بحالتها لعدم تقديم الطاعن لأصل المحرر. وإذ ساير الحكم المطعون فيه ما قضت به محكمة أول درجة دون أن يعمل أحكام المواد من ٢١ حتى ٢٤ من قانون الإثبات ويتأكد من وجود نسخة الكشف بحوزة المطعون ضده وإلزامه بتقديمه أو حلف اليمين المنصوص عليها فى المادة ٢٣ / ٢ إثبات في حالة إنكاره وحجب بذلك نفسه عن القضاء فى موضوع الدعوى فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه. طعن رقم ٦٧٤٤ لسنة ٧٢ ق - الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٧/١١/١٩

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111369510&ja=196151

- كما قضي بأنه لما كان الثابت أن الطاعن الأول الذي ادعى صدور عقد الوعد بالبيع المؤرخ في ١٢ من يناير سنة ١٩٦٤ لصالحه من مورث المطعون ضدهم وقدم صورة ضوئية له لم يطلب من المحكمة إلزام المطعون ضده الأول بتقديم أصله الموجود تحت يده، وإنما طلبه باقي الطاعنين الذين لم يدعوا أنهم طرفا فيه، ومن ثم فلم تنشأ لهم بهذه المثابة علاقة قانونية مشتركة بينهم وبين المطعون ضده الأول تولد التزامات متبادلة تخول لهم طلب إلزامه بتقديم أصل هذا المحرر، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى عدم توافر شروط هذا الطلب فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون. (طعن رقم ١٧٠٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/٢٢م) مذكور لدى المستشار / إبراهيم جمال، المرجع السابق، ص ١١٦، ١١٧.

(١) د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٧١.

حيث إن استناد الخصم في أي مرحلة من مراحل الدعوى إلى محرر مقدم منه، يخول خصمه حق طلب إلزامه بتقديمه، لأن الاستناد إلى المحرر في الدعوى من قبل أحد الخصوم يستفاد منه أنه قد جعله دليل إثبات في الدعوى يؤخذ منه وعليه[١]، وهذا الحق يخول للخصم بمجرد استناد خصمه إلى الورقة في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى لو نزل بعد ذلك عن التمسك بتلك الورقة، ولا يعترض على ذلك بأن تنازل المتمسك بورقة مطعون فيها بالتزوير عن التمسك بها ينهي دعوى التزوير، وقياسا على ذلك فإن التنازل عن الاستناد بورقة لم يحصل تقديمها يستتبع إنهاء الحق - في إلزام من استند إليها - بتقديمها، إذ أن هذا قياس مع الفارق كون أن إنهاء دعوى التزوير بتنازل المتمسك بالورقة المطعون فيها قد تقرر بنص خاص لم يرد مثله بصدد طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة استند إليها في أي مرحلة من مراحل الدعوى[٢].

ومما هو جدير بالملاحظة أنه طبقا للمادة ٢٥/إثبات: إذا قدم الخصم محررا للاستدلال به في الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بموافقتها للأصل.

ثانيا: إجراءات طلب إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده:

حددت المادة ٢١/إثبات إجراءات تقديم طلب إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من محررات، ويمكن إجمالها في التالي:

١- بيان أوصاف المحرر المطلوب تقديمه وأوصافه.

٢- بيان فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.

٣- بيان الواقعة التي يستدل عليها ويريد إثباتها بالمحرر المطلوب تقديمه.

٤- بيان الدلائل والظروف التي تؤيد وجود المحرر تحت يد الخصم، دون اشتراط

(١) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق ص١٣٠.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

تقديم إثبات كامل على ذلك إلا إذا أنكر الخصم وجود المحرر تحت يده[١].

٥- بيان وجه إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من محررات: بأن تتحقق حالة من الحالات الثلاث التي يجوز فيها له تقديم الطلب.

والشرط البديهي الذي يجب توافره: أن يكون هذا المحرر منتجا في الدعوى، وإلا فللمحكمة رد الطلب، وإذا لم يستوف الطلب البيانات السابق ذكرها وجب عدم قبوله.

ولا يمنع عدم القبول لعدم انطباق حالة تم الاستناد عليها في تقديم الطلب من إعادة تقديمه ثانية استنادا لحالة ثانية، أو طلب ثالث بالاستناد لحالة ثالثة[٢].

ومما هو جدير بالملاحظة أن تصدي المحكمة لطلب إلزام الخصم بتقديم

---

(١) د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٧٣.

- وقد قضي بأنه: أنه لما كانت طلباتها بشأن الخصم المدخل الثالث خلاء من بيان تفصيلي بالمستندات المطلوب إلزامه بتقديمها والسنوات المتعلقة بها وسند وجودها تحت يده وفحواها والواقعة التي يستدل بها عليه، وهى أسباب سائغة كافية لحمل قضائه، فإن النعى عليه بما ورد بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديره بما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة ويضحى النعي عليه غير مقبول.(الطعن رقم ٧٩٠٠ لسنة ٨٥ق - الدوائر التجارية، جلسة ٢٠١٦/١٠/٢٣).

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111301824&ja=89588

- كما قضي بأنه: بين المشرع في المادة ٢١ من قانون الإثبات كيفية تقديم طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده، ووصف المحرر الذي يعنيه، وفحواه، والواقعة التي يستدل عليها، والدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم، ووجه إلزام الخصم بتقديمه، لما كان ذلك، وكان طلب الطاعن الأول في مذكرة دفاعه قد خلت من هذه البيانات القانونية بل لم يطلب صراحة إلزام الشركة المطعون ضدها الأولى بتقديمه، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد الإشارة إلى المستند محل النزاع، إذ الطلب الذي يعد مطروحا على المحكمة وتلتزم بالفصل فيه، وبيان سبب رفضها له هو الذي يقدم إليها في صيغة صريحة جازمة تدل على تصميم صاحبه) الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٥، المكتب الفني ٣٢ ص١٥٨٣.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ص ٤٠٧، هامش ٣٢٤.

محرر تحت يده أمر وجوبي، فلا يجوز للمحكمة إهمال الطلب دون رد[١].

كما أن عدم تقديم الطالب إثباتا كافيا تقتنع به المحكمة، لا يستتبع حتما رفض الطلب، وإنما اشترط المشرع تحليف الخصم المنكر يمينا بأن المحرر لا وجود له(أو أنه لا يعلم بوجوده، ولا مكانه، وأنه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به)[٢] م٢/٣ إثبات، فإذا حلف الخصم هذه اليمين تعين اعتبار الخصم عاجزا عن الإثبات، وقضت المحكمة برفض طلبه، أما إذا امتنع الخصم عن الحلف اعتبر ذلك بمثابة إقرار منه بوجود المحرر تحت يده وأنه قد امتنع عن تقديمه، وترتب على ذلك الأثر الذي قضت به المادة ٢٤/إثبات المترتب على امتناع الخصم عن تقديم محرر تحت يده بعد أن أمرته المحكمة بتقديمه[٣].

الفرع الثاني: طلب إلزام الغير بتقديم دليل الإثبات (المحرر الموجود تحت يده)

قد يكون دليل الإثبات أو المحرر الذي يستند إليه طالبه تحت يد شخص خارج عن الدعوى، لذا أجاز قانون الإثبات في المادة٢٦ استكمالا للقواعد السابقة ومراعاة لصالح الخصم الذي يستقيد من هذه الورقة، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ما تحت يده من محررات، بناء على طلب من الخصم المستفيد من دليل الإثبات الذي بحوزة الغير وذلك أثناء سير الدعوى، ولو أمام محكمة

---

(١) وسيأتي بيان ذلك عند الحديث عن الضوابط الواردة على الدور الإيجابي للقاضي في إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه، ص ٤٦ من هذا البحث.

(٢) وللمحكمة إن رأت أن ادعاء وجود المستند لدى الخصم غير جدي، أن لا توجه اليمين للخصم المنكر وجود المحرر تحت يده، وقد جاء في حكم لمحكمة النقض: إذا كان مؤدى ما انتهت إليه المحكمة الاستئنافية من ادعاء الشركة الطاعنة بوجود تلك المستندات في يد المطعون ضدها غير جدي فلا على الحكم المطعون فيه إن لم يعمل الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من قانون الإثبات والتي توجب أن يحلف المنكر يمينا بأن المحرر لا وجود له وأنه لا يعلم وجوده، ولا مكانه، وأنه لم يخفه، أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به، طالما خلصت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية إلى عدم وجود هذه المستندات تحت يد المطعون ضده. الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢م / وفي ذات المعنى: الطعن رقم ١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣م، مذكور لدى المستشار / ابراهيم جمال، المرجع السابق، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢١.

الاستئناف، مع مراعاة الأحكام و الأوضاع التي سبق أن ذكرناها بصدد إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده، طالما كان المحرر الذي بحوزة الغير منتجا في الدعوى[١].

حالات إلزام الغير بتقديم دليل الإثبات الموجود تحت يده:

طبقا لما نصت عليه المادة ٢٦/ إثبات بشأن إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده' وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة، فإنه يقصد بها حالات إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده، مع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها بشأن هذه الحالة، وبالرغم من ذلك فالراجح أنه يجوز إلزام الغير بتقديم ما تحت يده من أوراق في غير هذه الحالات استنادا إلى نص المادة ١١٨ من قانون المرافعات التي تجيز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة وإظهار الحقيقة، ويؤيد ذلك القاعدة التي تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الإثبات بشأن دعوى العرض[٢]، وذلك كما لو كان طرفي الخصومة قد أودعا المحرر عند شخص من الغير، ولم تتوافر بصدده حالة من حالات إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده.

وجود الأوراق المنتجة في الدعوى لدى الدوائر الحكومية:

- بالنسبة لأصول الأوراق الموثقة أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة بالتوثيق: فينتقل القاضي المنتدب إلى مكتب التوثيق ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل المحرر وتذيل بمحضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع وتقوم الصورة مقام الأصل إلى حين رده (م١٠ من قانون التوثيق)[٣].

---

(١) د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٧١.

(٢) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٣، ١٢٤.

(٣) تنص المادة ١٠ من قانون التوثيق رقم ٦٨لسنة ١٩٤٧م على أنه: لا يجوز أن تنقل من مكاتب التوثيق أصول المحررات التي تم توثيقها ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها فإذا أصدرت سلطة قضائية قرارا يضم أصل محرر موثق إلى دعوى منظورة أمامها وجب أن ينتقل القاضي المنتدب إلى المكتب ويحرر بحضوره صورة =

- أما بالنسبة للأوراق الأخرى غير الموثقة والموجودة لدى الدوائر الحكومية: فقد جرى العمل على أن ترخص المحكمة للخصم بناء على طلبه، استخراج صورة رسمية من الأوراق، حال امتناع الجهة الحكومية عن إعطاء هذه الصورة دون ترخيص، وإذا رأت المحكمة حاجة إلى ضم أصل الصورة فإنها تصدر قرارا بالضم، ويتعين على الجهة الحكومية في هذه الحالة أن تودع الأوراق المأمور بضمها إلى ملف الدعوى، على أنه يمكن التوصل إلى ذلك - كما يرى بعض الفقه[١] - من خلال الاستناد إلى المادة ٢٧ من قانون الإثبات بشأن دعوى العرض والتي سنتعرض لها في الفرع القادم.

الفرع الثالث: طلب إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به

استحدث قانون الإثبات الحالي حكما جديدا نص عليه في المادة ٢٧/ إثبات بمقتضاه يجوز لأحد الخصوم أن يوجه طلبه قاصدا إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به، ولو لم يكن طرفا في الخصومة طالما أنه لن يضار من تقديم هذا الدليل.

ولا يشترط أن يكون الشيء المطلوب عرضه دليلا كتابيا للإثبات أو شيئا آخر، فيجوز مثلا للمقاول أن يطلب من المحكمة إلزام المالك بتمكينه من معاينة المبنى الذي قام ببنائه لتحديد قيمة الأعمال التي قام بها، اتساقا مع الهدف الذي حددته المادة ٢٧ من قانون الإثبات حيث ذكرت: (كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت في

=

مطابقة لأصل المحرر ويعمل بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده.

(١) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٥، ١٢٦

- و يتعين على جهة الإدارة تقديم الأوراق والمستندات اللازمة للفصل في الدعوى ونكول الإدارة عن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ادعائه وسلامة ما قدمه من أدلة (الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٣٣ القضائية - مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة السابعة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩١ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٢- صـ ٢٢٩).

الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه...)

وهذه الفكرة ليست جديدة في القانون بل ترجع إلى القانون الروماني فيما كان يسمى بدعوى العرض وانتقلت بعد ذلك إلى القانون الكنسي، ثم إلى القانون الفرنسي القديم، ثم بعض تطبيقات متفرقة في القانون الفرنسي الحالي[١]، واستقرت عليه أحكام القضاء - الفرنسي - الذي ألقى واجب المعاونة على الخصم بقدر ما استطاع طالما لم يوجد مانع قانوني، كالاحتفاظ بسر المهنة، واعتبر القضاء أنه إذا لم يقم الخصم بواجب في المعاونة وعطل على خصمه حقه في الإثبات، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده[٢]. ولم يأخذ القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم وكذلك في ظل قانون المرافعات القديم بدعوى العرض، ثم أخذ بها بعد تطورات تشريعية و أقرها قانون الإثبات الحالي بشروطها الخاصة[٣].

ولا يشترط لقبول طلب العرض توافر حالة من حالات المادة ٢٠ من قانون الإثبات، لاستقلال حالة الإلزام بالعرض عن حالة الإلزام بتقديم محرر تحت يد الخصم أو الغير[٤]، وتظهر هذه الاستقلالية في الشروط الواجب توافرها وكذا في الإجراءات، وهو ما سأعرض له فيما يلي:

أولا: شروط قبول طلب إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به[٥]:

١/ أن يدعي شخص بحق شخصي أو عيني يتعلق بشئ أو بسندات أو أوراق أخرى: وعلى الطالب أن يحدد في طلبه الشيء أو المستند الذي يطلب عرضه، وحقه الشخصي أو العيني عليه، فلا يمكن طلب البحث في أوراق الخصم أو الغير

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، ١٩٩٩، ص٣٠
(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ف ٣١ ص ٥٧، ٥٨.
(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ف ٣١ ص ٥٧، ٥٨.
(٤) د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٨٠
(٥) أنظر في بيان هذه الشروط: د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، المرجع السابق، ص ١١١، ١١٢ / د. عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص ٢٩٩، ٣٠٠ / د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٨٠، ٨١.

عموما، للبحث عن مستند قد يفيده في الدعوى.

٢/ أن يكون الشيء أو المستند في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز: سواء كان هذا الشخص خصما في الدعوى، أو من الغير، ويتعين على طالب العرض أن يقدم ما يدلل على وجود الشيء أو المستند في حوزة الشخص المطلوب منه العرض.

٣/ أن يكون فحص الشيء أو المستند ضروريا للبت في الحق المدعى به: من حيث وجوده أو مداه أو للاستناد إليه من قبل شخص لا يريد إلا أن يثبت هذا الحق، فيجوز لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه بالميراث.

هذا وقد أضافت المادة ٢٧ بأنه: (إذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له).

ومن ثم فإن الأمر بالنسبة للسندات والأوراق يختلف عما قبله في أن فحص هذه المستندات والأوراق قد لا يكون ضروريا للبت في وجود الحق المدعى به أو مداه، وإنما فقط لمجرد الاستناد إليه في إثبات حق الطالب، وفضلا عن ذلك فإنه يجوز للقاضي في تلك الحالة الأخيرة أن يأمر بتقديم المستند إلى المحكمة، ولا يكتفى بمجرد عرضه على الطالب، فيجوز لمشتري الأرض إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها أن يطلب الوثائق الخاصة بتعيين القدر الذي يجب أداؤه من هذا الثمن.، ويجوز للوارث أن يطالب وارثا آخر بعرض الأوراق أو المستندات التي تحت يده، والتي يعد فحصها أمرا ضروريا للبت فيما يدعيه الوارث (المدعي).[1]

٤/ ألا يكون لحائز الشيء أو المستند مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه: كما في حالة الحرص على حرمة سر عائلي أو عدم إفشاء سر يلتزم الحائز قانونا بحفظه كالطبيب أو المحامي.

(١) د. عبد السميع أبو الخير، المرجع السابق، ص ١١٢ / المستشار / عز الدين الدناصوري، أ/ حامد عبد الحميد عكاز، المرجع السابق، ص ٥٠.

ثانيا: إجراءات العرض[١]:

يمكن إجمال إجراءات العرض من خلال النقاط التالية:

١/ تقديم طلب للمحكمة من قبل طالب العرض قاصدا إلزام الخصم أو الغير بعرض الشيء أو المستندات.

٢/ صدور أمر قضائي بما للقاضي من سلطة تقديرية في ذلك بعرض الشيء أو المستند على ذي الشأن أو تقديمه للقضاء.

٣/ أن يتم العرض في المكان الذي يوجد فيه الشيء وقت طلب العرض - بحسب الأصل – ما ى لم يعين القاضي مكانا آخر كما لو أمر بتقديمه للقضاء، وتكون نفقات العرض على من يطلبه، يتم دفعها مقدما، ويجوز إلزامه بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب المحرر أو الشيء من ضرر جراء هذا العرض.

(١) د. عبد الودود يحى، المرجع السابق ف ٥٨ ص ٨٥ / د. عبد السميع أبو الخير، المرجع السابق، ص ١١٣ / د. عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق ص ٣٠٠/ د. نبيله رسلان، المرجع السابق ص ١٥٧ / د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق ص ٨١، ٨٢.

المطلب الثاني

دور القاضي في إلزام الخصم أو الغير الممتنع عن تقديم دليل الإثبات

تمهيد:

سبق أن عرضنا للمعالجة التشريعية لحالة امتناع الخصم أو الغير عن تقديم ما تحت أيديهما من دليل إثبات أو عرضه، ولا شك أن إعمال القاضي لدوره الإيجابي[١] في هذا النطاق له التأثير المباشر من خلال الأمر بإلزام الممتنع بتقديم

(١) تختلف التشريعات في تحديد المدى الذي يعطى للقاضي في نطاق الإثبات، وفق الاعتبار الذي ترعاه، فمنهم من يغلب جانب العدالة فيطلق للقاضي الحرية في تقدير الأدلة - مذهب الإثبات الحر -، والوصول للحقيقة من أي طريق، ومنهم من يغلب جانب استقرار المعاملات، فيفرض على القاضي من القيود ما يحمله على احترام الظواهر المستقرة بين الناس - مذهب الإثبات المقيد -، وهناك اتجاه ثالث يجمع بينهما فيأخذ بمبدأ حياد القاضي، ثم يترك له مجالا لإعمال سلطته التقديرية - مذهب الإثبات المختلط - (د. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ص ٣٤،٣٥)

- وتأخذ معظم التشريعات بمذهب الإثبات المختلط كالقانون المصري، فتجعل للقاضي سلطة تقديرية تتفاوت درجاتها حسب المواد المختلفة حيث تبلغ حدها الأقصى في المواد الجنائية فنصت المادة ٣٠٢/ إجراءات جنائية على أنه:(يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته) ويتقيد غي ذلك بمراعاة الإثبات في المسائل غير الجنائية، وأن يكون الحكم مبنيا على أدلة صحيحة، وأن يكون اقتناعه غير منطو على قضاء سيء، ومراعاة إثبات الزنا على الشريك لتقيده في ذلك بالطرق المحددة قانونا (انظر: د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط. دار النهضة العربية، ف ٣٠٨ وما بعدها ص ٤٢١ وما بعدها / د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، ط. دار المعارف بالإسكندرية، ف٢٣٧ ص ٦٩٨ وما بعدها).
- وفي نطاق المواد المدنية يلتزم القاضي بمبدأ مهم وهو مبدأ حياد القاضي حيث لا يكلف بمباشرة الإثبات من تلقاء نفسه، ولا توجيه الخصوم فيه وإنما يقتصر دوره على تقدير ما يقدم إليه من أدلة إثبات وفق الإجراءات القانونية المحددة، فموقفه في الدعوى المدنية موقف حيادي يستوجب منه إنزال حكم القانون على الدعوى وإجراءاتها، ولكن لا يعني هذا المبدأ أن يقف القاضي موقفا سلبيا، بل منح دور إيجابي سواء من ناحية إجراءات الإثبات أو

ما لديه من محررات أو عرضه إذا اقتنع القاضي في نطاق ماله من سلطة تقديرية تمنحه ذلك، بل وله توقيع جزاءات ممنوحة له قانونا، و ما سبق - وغيره مما سيأتي بيانه - من مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في نطاق الإثبات.

وسأعرض لمظاهر هذا الدور الإيجابي في نطاق حالة البحث - إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه -، مع بيان الضوابط الواردة على سلطته التقديرية إزاء ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات.

الفرع الثاني: الضوابط الواردة على السلطة التقديرية للقاضي في نطاق

من ناحية أدلة الإثبات.

ومن مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إجراءات الإثبات: سلطته التقديرية في الأمر بندب خبير أو إجراء معاينة أو استجواب خصم دون رقابة من محكمة النقض في أمره وبدون تسبيب سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم، وكذا سلطته التقديرية في إحالة الدعوى للتحقيق، متى رأى ذلك مجديا، ولا يلتزم بإجابة الخصوم إلى طلب إحالة الدعوى للتحقيق بشرط التسبيب، وله سلطة تقديرية في إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده - على نحو ما سنبين - كما له سلطة تقديرية في العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات بشرط أن يبين سبب العدول.

وفي نطاق أدلة الإثبات أعطي القاضي سلطة في تقدير الأدلة والتي تتفاوت سلطة التقدير بحسب نوع الدليل فنراها سلطة واسعة في نطاق شهادة الشهود، وتزداد في نطاق القرائن القضائية، كما أن له سلطة في استكمال الأدلة فله من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أن يكلف بالحضور من يرى ضرورة حضوره إما لتأدية الشهادة،أو لتقديم مستند أو شيء كدليل في الإثبات، كذلك له سلطة تقديرية في تقدير كفاية الأدلة التي يقيم عليها قضاءه دون رقابة من محكمة النقض.

انظر في ذلك: د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب و أعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ ص ٣١ وما بعدها / د. عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها / د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، طبعة منشأة المعارف، ص ٤٣٠ وما بعدها / مستشار مصطفى مجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ج٢، ص ١٢٦

إلزام الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات.

الفرع الأول: الدور الإيجابي للقاضي في إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه.

يمكن أن نبرز أهم تلك المظاهر من خلال ما يلي:

أولا: مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إلزام الخصم أو الغير بتقديم محرر تحت يده:

١/ سلطة القاضي التقديرية في تقدير مدى لزوم تقديم المحرر الذي تحت يد الخصم أو الغير باعتباره منتجا في الدعوى من عدمه: فإذا قدم الطالب أدلته على وجود الورقة التي عينها تحت يد خصمه الممتنع، فإن المحكمة تفصل في طلبه على أساس تقديرها لهذا الدليل، وهذا متروك لتقدير قاضي الموضوع، فله أن يجيب الطالب إلى طلبه أو أن يرفضه بحسب تقديره للدليل ومدى لزوم تقديمه، والأمر في ذلك متروك لتقدير المحكمة لإصدار هذا الأمر، ومن ثم فلا محل لإلزام المحكمة بإصدار هذ الأمر إذا وجدت في أوراق الدعوى وسائر أدلتها ما يكفي لتكوين عقيدتها بدون الورقة المطلوبة[(١)].

٢/ سلطة القاضي التقديرية في الأمر بإلزام الخصم أو الغير بتقديم محرر تحت يده دون تسبيب[(٢)]: طالما توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٠/ إثبات، فالأمر بإلزام الخصم بتقديم الورقة المطلوب تقديمها جوازي

---

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف ١٥٦ ص ٤٠٨، ٤٠٩.

وقد قضي بأنه:..... للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاثة الواردة فيها، إلا أن الفصل في الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع فله أن يلتفت عنه إذا كون عقيدته في الدعوى من الأدلة التي اطمأن إليها. (الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٧/٢/٢٧)

- بل إن تقدير الدلائل والظروف والمبررات التي أبرزها الطالب على أن المحرر تحت يد الخصم مما تستقل به محكمة الموضوع (الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٨) مذكور لدى المستشار إبراهيم جمال، المرجع السابق، ص١١٧.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٣.

للمحكمة ومتروك لتقديرها بالرغم مما توحي به الصيغة التي استخدمها المشرع، حيث وردت بالمادة ١/١٢٣ إثبات أنه: (إذا أثبت الطالب طلبه... أمرت المحكمة بتقديم المحرر.....) ولا محل لإلزام المحكمة بإصدار هذا الأمر إذا وجدت في أوراق الدعوى وسائر أدلتها ما يكفي لتكوين عقيدتها في الموضوع بدون الورقة المطلوبة[١].

٣/ سلطة القاضي التقديرية في إجابة طلب الخصم أو رفضه بإلزام خصمه بتقديم المحرر الذي تحت يده وحتى لو نص القانون على ذلك: وهذا دور إيجابي للقاضي في نطاق الحالة الأولى من حالات إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده - والتي ينبسط حكمها على ما تحت يد الغير كما أوضحنا - وهي حالة (إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم أو تسليم المحرر)، فإنه بالرغم من نص القانون، إلا أن المحكمة تتمتع بسلطتها التقديرية في إجابة طلب الخصم، وذلك من خلال تقديرها مبدئيا: هل المحرر منتج في الدعوى ؟ أم لا ؟[٢].

٤/ سلطة القاضي التقديرية في تقدير كون المحرر مشتركا بين الخصوم أو يخص أحدهم فقط: وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، بشرط أن يكون سائغا ولا يخالف وقائع الدعوى[٣] وهذا دور إيجابي للقاضي في نطاق الحالة الثانية من حالات إلزام الخصم - أو الغير - بتقديم محرر تحت يده وهي حالة (إذا كان المحرر مشتركا بين الخصوم).

٥/ حق المحكمة في رفض طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم المحرر الذي تحت أيديهما رغم توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٠ من قانون الإثبات: كما لو ثبت له عدم جديته، أو تعسف طالبه، أو إذا كان في تقديمها ما يضر بمصلحة الغير، كما لو كانت تتضمن سرا خاصا يضار من أرسله بإفشائه، إذ أن إفشاء الأسرار الخاصة يخالف الآداب العامة[٤]، أو كون القاضي عقيدته

(١) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٠..
(٢) د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ف٥١ ص ٧٠.
(٣) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٩٦.
(٤) د. سليمان مرقس، السابق، ص ٣٩٦ / د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ف٥٣ ص ٧٥.

من الأدلة التي يطمئن إليها[١].

٦/ سلطة القاضي التقديرية في نطاق الأثر المترتب على امتناع الخصم عن تقديم المحرر الذي تحت يده: وذلك إذا لم يقدم الطالب صورة من الورقة التي امتنع خصمه عن تقديمها، واكتفى بالإدلاء ببعض البيانات عنها فيما يتعلق بشكلها، أو موضوعها، حيث للمحكمة سلطة تقديرية في أن تأخذ بقول الطالب أو لا تأخذ بعد أن تتحرى حقيقة الأمر عن طريق التحقيق أو غيره على أن تبين أسباب ذلك في حكمها[٢].

٧/ حق المحكمة في العدول عن إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده: باعتبار أن ذلك من إجراءات الإثبات، يجوز للمحكمة عملا بالمادة ٩ من قانون الإثبات[٣] العدول عنه شريطة أن تبين الأسباب التي دعتها لهذا العدول[٤].

---

(١) د. عصام سليم، قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، طبعة الدار الجامعية، ١٩٩٧، ص ٦٥.

(٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف١٥٧ ص ٤١٢.

(٣) تنص المادة ٩ من قانون الإثبات على أنه: للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

- وقد قضي بأنه:... وحيث إن هذا النعي في غير محله ذلك أنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا حجية لحكم إلا فيما يكون قد فصل بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية، سواء في المنطوق أو في الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها، وكان المشرع قد أجاز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات وأن تصرف النظر عن تنفيذه إذا ما تبينت أنه أضحى غير لازم أو غير منتج.

(الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/١/٨، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية، محكمة النقض، المكتب الفني، ص ٩٤.).

كما قضي (بشأن الحالة محل الدراسة) بأنه: تقرير المحكمة إلزام الخصم بتقديم ورقة معينة تكون تحت يده يعتبر من إجراءات الإثبات التي يجوز للمحكمة أن تعدل عنها، بشرط أن تبين سبب هذا العدول). الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠، المكتب الفني، ج١٥ ص٢٤٤.

(٤) د. عبد الوهاب عشماوي، المرجع السابق، ص ٩٥.

ثانيا: مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إلزام الخصم أو الغير بعرض شيئ حازه أو أحرزه على من يدعي حقا متعلقا به (دعوى العرض):

١/ سلطة القاضي التقديرية في تقدير القرائن والدلائل على وجود الشيء أو المستند في يد شخص آخر - خصما أو من الغير - على سبيل الحيازة و الإحراز: حيث يشترط تقديم الطالب ما يدلل على ذلك، وللقاضي سلطة موضوعية في تقدير ذلك.

٢/ سلطة القاضي التقديرية في تقدير مدى ضرورة فحص الشيء أو المستند: من حيث وجوده أو مداه للاستناد إليه.

٣/ سلطة القاضي التقديرية في قبول الطلب أو رفضه: حسب ظروف الدعوى فله أن يرفض الطلب إذا كان لمن أحرز الشيء أو المستند مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه، كالحرص على حرمة السر العائلي.

٤/ للقاضي سلطة تقديرية في تعيين مكان العرض، أو تعليق العرض على تقديم كفالة لمن أحرز الشيء المطلوب عرضه للتعويض عما قد يحدث بسبب العرض[١].

الفرع الثاني: الضوابط الواردة على الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه

إذا كان للقاضي دورا إيجابيا بصدد إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده، أو عرض شيء أو مستندا يحوزه، على نحو ما سبق ذكره، إلا أن هناك مجموعة من الضوابط ترد على هذا الدور الإيجابي والتي يجب مراعاتها وهي على النحو التالي:

١/ إذا كان للقاضي سلطة تقديرية في الأمر بإلزام الخصم أو الغير بتقديم محرر

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ١٥٧، ١٥٨ / د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٨١، ٨٢.

تحت يده دون تسبيب، فإنه مقيد في ذلك بتقديم طلب من الخصم، فلا يأمر بهذا الإجراء من تلقاء نفسه، ولابد أن يكون الطلب مستوفيا الشكل والأوضاع المنصوص عليها في المادة ٢١/ إثبات[١].

٢/ أن القاضي لا يستطيع الأمر بإلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده إلا إذا توافرت حالة من

الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٠/ إثبات[٢]، ويرى بعض الفقه[٣] - وهو ما أؤيده ـــ أنه يجوز إلزام الغير بتقديم المحرر الذي تحت يده في غير هذه الحالات أخذا بدعوى العرض على نحو ما بينا.

٣/ إذا كان للمحكمة سلطة تقديرية في قبول طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل تحت يده، أو بعرض شيء يحوزه وذلك من خلال تقديرها بأن المحرر غير منتج أو غير جدي في الدعوى، إلا أن المحكمة مقيدة بوجوب التصدي لطلب الإلزام[٤] سواء بقبوله أو برده[١].

---

(١) د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه:.... متى كانت المذكرة أو المكاتبات التي طلب الطاعن إلزام المطعون عليها بتقديمها لا تندرج تحت أية حالة من هذه الحالات فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض إجابة طلب الطاعن لا يكون قد خالف القانون أو عاره التقصير. الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٧، المكتب الفني ج١٢ ص ٤٠٤.

(٣) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٤) وقد قضي بأنه: إذا كان الطاعنون - الموجودون ـــ تمسكوا في مذكراتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف بأن المصعد لم يبدأ تشغيله إلا في أول يوليو سنة ١٩٦٥، وطلبوا تكليف المطعون عليه بتقديم ايصالات الأجرة منذ بدء الإيجار في ١٩٦٤/١٢/١٨، إلا أن المحكمة لم تعرض لهذا الطلب مع أنه يعتبر من إجراءات الإثبات، ويتعين على المحكمة إذا قدم إليها أن تقبله أو ترفضه سحب تقديرها لدلائله، ومبرراته المنصوص عليها في المادة ٢٠ من قانون الإثبات، فإن هي أغفلته ولم ترد عليه وانتهت بغير أن تذكر سببا لذلك بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإلزام الطاعنين بفرق أجرة استعمال المصعد ابتداء من أول يناير ١٩٦٥، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور. طعن رقم ٧١٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٨ وانظر أيضا في ذلك الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٧٢/٥/١٣، مذكور لدى المستشار ابراهيم جمال، المرجع السابق، ص١١٨، ١١٩.

=

٤/ تقيد القاضي دوما في نطاق ماله سلطة تقديرية بالتقدير السائغ الذي لا يخالف واقع الدعوى، فله سلطة تقديرية في تقدير كون المحرر مشتركا بين الخصوم أو لا بشرط أن يكون التقدير سائغا، وله أن يجيب طالب إلزام الخصم أو الغير بتقديم المحرر الذي تحت يده بشرط أن يكون تقديره للدلائل والظروف التي تدلل على أن المحرر تحت يد الخصم أو الغير سائغا[٢].

٥/ تقيد المحكمة في اعتبار الصورة المقدمة من الطالب صورة صحيحة مطابقة لأصلها، والتي امتنع الخصم عن تقديمها ولم يحلف اليمين الذي طلبته المحكمة طبقا للمادة ٢٣/ إثبات، وفي حال عدم تقديمه لصورة ضوئية من المحرر واكتفى بالإدلاء ببعض بياناته فيما يتعلق بشكله أو موضوعه يلتزم القاضي إن رفض الأخذ بأقواله بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صحة أقواله[٣].

٦/ تقيد القاضي بالاطلاع فقط على الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة عند إلزام الخصم أو الغير بتقديم مستند أو عرضه، وليس في جميع أجزاء المحرر التي لا تتطلبها الخصومة، كما أنه مقيد بالغرض من تقديم مثل هذه المحررات كالدفاتر التجارية مقصور الاطلاع فيها على المحكمة دون الخصوم[٤].

وفي ذات المعنى: الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ (سابق الإشارة إليه).

(١) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) د. عصام سليم، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه: متى كان المدعي قد طالب بإلزام المدعى عليه بتقديم العقد الذي تحت يده باعتباره ورقة مشتركة بينهما، فكلفت المحكمة هذا الأخير بتقديمه فلم يقدمه، وكان المشرع قد رتب على عدم تقديم الخصم الورقة اعتبار الصورة التي قدمها خصمه لهذه الورقة صحيحة مطابقة لأصلها، فإذا لم يقدم الخصم هذه الصورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها، أو بموضوعها وذلك في حق خصمه الممتنع، ولما كان المدعي لم يقدم من جانبه صورة للعقد، وكان مؤدى ذلك أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بما قاله المدعي من أن العقد لم يعلق على شرط، فإن المحكمة إذا رأت إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صحة قوله فلا تثريب عليها في ذلك). طعن ١٩٦٦/٦/١٤، مجموعة المكتب الفني، سنة ١٧ ق ص ١٣٥٩.

(٤) د. السنهوري، المرجع السابق ف٣١ ص ٤٥ / د. عصام سليم، المرجع السابق، ص ٦٠.

٧/ إذا كان الأمر بإلزام الخصم أو الغير بتقديم محرر أو بعرض شيء يحوزه، يعد إجراء من إجراءات الإثبات، يجوز العدول عنه طبقا للمادة ٩/ إثبات إلا أن القاضي مقيد بتسبيب ذلك العدول، كما أنه - القاضي - لا يجوز له العدول عن إجراء الإثبات الذي أمر به إذا تضمن قضاء قطعيا في مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدمه، كما لو كانت المحكمة في أمرها بالإحالة للتحقيق قد فصلت في أن للمدعي الحق في إثبات دعواه بشهادة الشهود، فإنها لا تملك بعد ذلك العدول عن هذا الحكم لأنه لا يقتصر على اتخاذ إجراء الإثبات، وإنما يتضمن فضلا عن ذلك حكما قطعيا في جواز أو عدم جواز الإثبات بهذا الطريق[١].

(١) د. عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ف ١٦ ص ٣٦.

المطلب الثالث

أثر امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات في تحقق عنصر الخطأ التقصيري.

تمهيد:

ومن خلال عرض الأحكام القانونية المتعلقة بكل حالة من الحالات الثلاث، سأعرض فيما يلي لأثر الامتناع في كل حالة منه، ومدى اعتباره مكونا لعنصر الخطأ التقصيري من خلال الفروع التالية

الفرع الأول: أثر امتناع الخصم عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده ومدى اعتباره خطأ تقصيريا

أولا: أثر الامتناع طبقا للمادتين (٢٣، ٢٤) من قانون الإثبات:

إذا تم الحكم بإلزام الخصم بتقديم المحرر- أو المحررات - الموجود تحت يده - بعد استيفاء الشروط والإجراءات المنصوص عليها في المادتين (٢٠، ٢١) / إثبات مصري، فإن الأمر طبقا للمادتين (٢٤،٢٣) / إثبات لن يخرج عن أحد احتمالين[(١)]:

١- إذا قدم الخصم المحرر الموجود تحت يده: فإن الأمر يعد بالنسبة لهذا الإلزام منتهيا ولا يوجد ثمة خطأ بالامتناع السلبي عن تقديم دليل الإثبات.

٢- إذا امتنع عن تقديم المحرر الموجود تحت يده: فإن الأمر يحتمل أحد ما يلي:

أ- إذا قدم الطالب صورة للمحرر الذي طالب الخصم بتقديمه: وجب على المحكمة اعتبار الصورة التي قدمها الطالب صحيحة مطابقة لأصلها، وهذا أمر وجوبي على المحكمة.

ب- إذا لم يقدم الطالب صورة للمحرر الذي طلب الخصم تقديمه وإنما اكتفى

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ف١٥٧ ص ٤١٢ / د. عبد الودود يحى، المرجع السابق، ص ٨٢ / د. نبيلة رسلان، الإثبات، ١٩٩٨، ص١٥٥/ د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق ص٧٦

بالإدلاء ببعض البيانات المتعلقة بشكل المحرر وموضوعه: يجوز للمحكمة أن تقيم أقواله فيما أدلى به من شكل المحرر وموضوعه مقام المحرر العرفي، وتكون له قوة في الإثبات[١]، ويجوز للمحكمة في الحالة الثانية بفرضيها (أ، ب) الحكم بالغرامة التهديدية لجبر الخصم على تنفيذ أمر المحكمة بتقديم ما تحت يده من محررات[٢].

ثانيا: مدى اعتبار امتناع الخصم عن تقديم ما تحت يده من محررات خطأ تقصيريا:

من خلال الأحكام السابقة نلاحظ أن المشرع قد عالج الافتراضات التي يمكن حدوثها إزاء امتناع الخصم عن تقديم ما تحت يده من محرر، بما يوفر لطالب تقديم المحرر، المصلحة أو الفائدة المرجوة من تقديمه، سواء باعتبار ما قدمه من صورة لهذا المحرر صحيحة ومطابقة لأصلها، أو بإقامة أقواله - حال عدم توافر صورة للمحرر المطلوب تقديمه - مقام المحرر العرفي (م ٢٤/ إثبات).

وبالتالي لن يتوافر عنصر الضرر المشترط في المسئولية التقصيرية، مما يؤثر سلبا على قيام المسئولية، إلا أنه رغما من ذلك سيبقى فرضية إمكانية التضرر من امتناع الخصم أو مماطلته في تقديم المستند الذي تحت يده، حتى ولو طبق الأثر المترتب على الامتناع المنصوص عليه في المادة ٢٤/ إثبات، فقد يتسبب امتناع الخصم ومماطلته في تقديم المستند الذي تحت يده رغم إلزام المحكمة له بتقديمه في إطالة أمد النزاع تعسفا[٣] بما يلحق ضررا بالطالب ولو بتفويت منفعة محققة،

---

(١) ومن أحكام النقض ما قضي بأنه: أن قانون الإثبات قد نص في المواد ٢١ حتى ٢٤ على الإجراءات الواجب اتباعها لإلزام الخصم بتقديم المستند الذي تحت يده، فإذا اتبعت تلك الإجراءات ولم يقدم الخصم المستند المطلوب، اعتبرت صورته التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإذا لم يقدم الخصم هذه الصورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها وموضوعها وذلك في حق الخصم الممتنع.
الطعن رقم ٤٢٩٥ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠١٦/٣/١٠م / وفرب ذلك الطعن رقم ٥٢٤٠ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠١٤/١٢/٢١م. مذكور لدى المستشار / إبراهيم جمال، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق، ف١٥٧ ص ٤١٢.

(٣) مع ملاحظة إمكانية حدوث التعسف حتى من طالب إجراء الإثبات كما لو كان قاصدا إطالة =

بل قد تتعدى الأضرار اللاحقة بالطالب إلى نطاق أبعد من نطاق الخصومة أو الدعوى المطلوب فيها تقديم المحرر أو المستند، إذا كان المحرر المطلوب تقديمه يثبت للطالب حقوقا مجحودة تجاه الغير، وفي هذا ضرر يستحق التعويض، ويرتب المسئولية تجاه الممتنع.

ويمكن تكييف امتناع الخصم في هذه الحالة عن تقديم ما تحت يده من محررات، بأنه امتناع ذو نتيجة، من الممكن أن لا يكون مسبوقا بفعل إيجابي من الممتنع - الخصم ــ كما في حالة امتناعه عن تقديم محرر يجيز القانون مطالبته بتقديمه، ويتصور أيضا أن يكون امتناعه ملابسا لفعل إيجابي صادر منه، كما لو سبق أن استند إلى المحرر في مرحلة من مراحل الدعوى ثم نزل عن التمسك به، وفي كل هذه الصور[١] هو امتناع مسبوق بالتزام بموجب الأمر القضائي الصادر بإلزامه بتقديم ما تحت يده من محررات.

وفي الحالة تلك لا مناص من العودة للقواعد العامة في الرجوع على الممتنع بأحكام المسئولية التقصيرية باعتبار أن امتناع الخصم عن تقديم المحرر الذي تحت يده هو خطأ تقصيري ذو نتيجة فلابد للمضرور من إثبات الضرر، ويمكن الاستناد في ذلك إلى نظرية إساءة استعمال الحق[٢] أو التعسف إذا توافرت حالة

=

أمد النزاع دون مبرر جدي له في ذلك، ومن ذلك ما قضت به المحكمة النقض أنه:وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة في شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمسين جنيها من الدين العالق بذمته، على سند من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثني عشر عاما دون أن يزعم الطاعن وفائه بذلك المبلغ الذي يدعيه، وأنه ما استهدف بهذا الطلب استظهارا من ظروف الدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضي، لما كان ذلك وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا في حدود سلطته التقديرية لحمل قضائه في استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الحاسمة فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكن على غير أساس. الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، ج ٢ ص ٢٩٤.

(١) انظر: أنواع الامتناع في هذا البحث ص ١٨: ٢٠

(٢) وقد قضي بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها قواعد المسئولية في القانون المدني. الطعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض

=

من الحالات المنصوص عليها في المادة ٥/ مدني[١] مع توافر أركان المسئولية، والأمر برمته حالتئذ مرده للإثبات، وتقدير التعسف متروك لسلطة القاضي التقديرية دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان قائما على أسباب سائغة[٢].

الفرع الثاني: أثر امتناع الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده ومدى اعتباره خطأ تقصيريا:

لم تتضمن المادة ٢٦ من قانون الإثبات جزاءً محددا في حالة امتناع الغير عن تقديم ما ألزمته المحكمة بتقديمه من أوراق، وقد ذهب البعض إلى ترك أمر هذا الامتناع لسلطة القاضي التقديرية لاستخلاص دلالة امتناع الشخص عن تقديم الورقة المطلوبة[٣].

وأرى أنه يجب النظر إلى الغير الذي تم إدخاله في الدعوى مرة باعتباره خصما، وأخرى باعتباره ليس خصما أصليا، وذلك على النحو التالي:

١- الغير إذا أدخل في الدعوى لتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده يصبح خصما:

في خمسين عاما، ج ٢ ص ٢٧٥.

(١) ومن قضاء النقض في ذلك أنه: يدل نص المادة الخامسة من القانون المدني على أن مناط التعسف في استعمال الحق الذي يجعله محظورا باعتباره استعمالا غير مشروع له، هو تحقق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر في المادة الخامسة سالفة الذكر والتي تدور كلها حول قصد صاحب الحق من استعمال لحقه، أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التي يهدف إلى تحقيقها وذلك دون نظر لمسلك خصمه إزاء الحق.
الطعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، ج ٢ ص ٢٧٧.

(٢) وقد قضي بأن تقدير التعسف والغلو في استعمال الملك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من إطلاقات محكمة الموضوع، متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضائها بذلك على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها.، الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، ج ٢ ص ٢٩٥.

(٣) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

وبالتالي إن هو قدم ما تحت يده من محرر، يكون بذلك قد وفى بالإلزام القضائي، وقام بالعمل اللازم إتيانه، وإن امتنع عن تقديم الدليل الذي تحت يده جاز للمحكمة الحكم عليه بالغرامة التهديدية لامتناعه، باعتبار أنه خصم.

٢- الغير إذا أدخل في الدعوى لتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده يصبح خصما ولكنه ليس خصما أصليا: ويترتب على ذلك ما يلي:

أ- أنه لا يمكن تصور توقيع الجزاء الذي قرره المشرع في المادة ٢٤/إثبات، المطبق على امتناع الخصم عن تقديم المحرر في الموعد المحدد سلفا من المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين وذلك باعتبار صورة المحرر صحيحة - إن قدمها خصمه - مطابقة لأصلها، أو الأخذ بأقواله فيما يتعلق بشكلها وموضوعها، وذلك لأن هذا الجزاء لا يمكن توقيعه إلا على خصم، والغير رغم إدخاله في الدعوى إلا أنه ليس بخصم أصلي فيها[١].

ب-يحق لطالب تقديم دليل الإثبات الذي تحت يد الغير في حالة امتناعه عن تقديم المحرر الذي بحوزته بعد إدخاله في الدعوى أن يعود عليه بدعوى التعويض[٢]، وأساسها المسئولية التقصيرية المترتبة على الخطأ السلبي بالامتناع عن تقديم دليل الإثبات الذي بحوزته، وهو أيضا على نحو ما تم بيانه في تكييف خطأ امتناع الخصم عن تقديم المحرر الذي تحت يده، يعد امتناعا ذو نتيجة مسبوق بالتزام، يستلزم فيه حصول ضرر معين، والمتصور الغالب فيه أنه امتناع غير مسبوق بعمل إيجابي من الممتنع بالنظر إلى صفته في الخصومة (من الغير) ورغم ذلك يتصور إمكانية وجود عمل إيجابي من الممتنع إذا كان من الغير، كما لو كان قد سبق إيداع المحرر لديه على سبيل الأمانة من قبل طرفي الخصومة، ثم امتنع عند تقديم المحرر، بما ألحق ضررا بطالب الدليل، حيث يمثل امتناعه والحالة تلك خطأ تقصيريا يحمله المسئولية بشرط توافر باقي أركان المسئولية التقصيرية من

(١) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الوجيز في شرح قانون الإثبات، المرجع السابق ص ١١١/ د. أسامه أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٧٨، ٧٩.

(٢) د. د. عبد الودود يحى، المرجع السابق، ص٨٣ / د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ١٢٥./ د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ١٥٥، ١٥٦

ضرر مترتب على هذا الإخلال (الخطأ السلبي بالامتناع) إضافة إلى توافر علاقة السببية.

الفرع الثالث: أثر الامتناع عن تنفيذ أمر العرض ومدى اعتباره خطأ تقصيريا

لم يرتب قانون الإثبات جزاءً معينا على امتناع محرز الشيء أو حائزه عن عرضه، ولا يتصور تطبيق الأثر الوارد بالمادة ٢٤/ إثبات، كما لا تملك المحكمة أن تأمر بضبط الشيء أو المستندات والأوراق وعرضها جبرا عن الممتنع على من طلب عرضها، فالنص لا يسمح بذلك.

لذا فيتعين الرجوع للقواعد العامة والتي تجيز ما يلي:

١/ الحكم بالغرامة التهديدية.

٢/ الحكم بوقف الخصومة.

٣/ أن يستخلص من الامتناع قرينة قضائية لمصلحة طالب العرض.

٤/ رجوع طالب العرض على الممتنع بدعوى التعويض[(١)]: استنادا للمسئولية التقصيرية المترتبة على خطأ الامتناع على نحو ما تم بيانه بخصوص امتناع الغير عن تقديم محرر تحت يده، أو باعتبار الامتناع من قبيل الامتناع التعسفي لمحرز الشيء أو حائزه عن عرضه أو تقديمه، طالما توافرت إحدى حالات التعسف وتم إثباتها، وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك فقد لا يكون امتناع الحائز للشيء أو المستند خطأ تقصيريا إذا ما ثبت أن في الامتناع مصلحة مشروعة للممتنع كحرصه على حرمة سر عائلي أو عدم إفشاء أسرار يلتزم قانونا بحفظها كالطبيب والمحامي، لما ذكرنا سابقا أن الشخص لا يكون مخطئا إذا كان مقصده دفع الضرر عن نفسه وماله، أو ليتفادى ضررا أكبر[(٢)].

---

(١) د. عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق ص ٣٠٠

(٢) انظر: ص ١٦ من هذا البحث.

المبحث الثالث

خطأ الامتناع كسبب موجب للضمان

في الفقه الإسلامي

تمهيد:

المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي معناها الضمان، أو تضمين الإنسان تعويض الضرر الذي لحق الغير من جهته[١] وهو ضمان التعدي - أو المسئولية التقصيرية - في الفقه الإسلامي، الناشئ عن مخالفة حكم شرعي عام ألزم به الشارع، فالضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[٢].

وسأعرض فيما يلي ً - كمقدمة أساسية لتحديد مسئولية الممتنع عن الضمان في الفقه الإسلامي - لمشروعية الضمان في الفقه الإسلامي وشروطه، ثم أتبعه بضمان الممتنع في الفقه الإسلامي وذلك من خلال المطلبين التاليين:

(١) أساتذتنا: د. جمال الدين طه العاقل، د. عبد الله مبروك النجار، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ١٨٣.

(٢) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، طبعة دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص ٢٢، ٢٣.

المطلب الأول

مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي وشروطه

الفرع الأول: مشروعية الضمان

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين، وأنفسهم، وجبرا للضرر[١] يقول تعإلى: (فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ)[٢]، يقول الإمام الطبري: العدوان الأول ظلم، والثاني جزاء لا ظلم، بل هو عدل[٣]، وتقول العرب: الجزاء بالجزاء، والأول ليس بجزاء[٤].

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات، ما رواه أنس قال: أهدى بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: طعام بطعام و إناء بإناء[٥]، ومما يدلل على الضمان عموما في هذا الشأن قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[٦]، وقوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[٧].

---

(١) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٣.

(٢) سورة البقرة، آية ١٩٤.

(٣) تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، (ت٣١٠هـ)، تحقيق الدكتور: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجرة للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ٣١٤/١.

(٤) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، ط دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٣٠/١.

(٥) أخرجه الترمذي في سننه، سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، الجزء الثالث حديث رقم ١٣٥٩ ص ٦٤٠.

(٦) أخرجه ابن ماجه في سننه، السنن، للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، تحقيق ودراسة مركز البحوث وتقنية المعلومات، الناشر دار التأصيل، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، الجزء الثاني، ٢٣٤٤ص٤٦٧.

(٧) سنن ابن ماجة ج ٢ حديث رقم ٢٤٠٤ ص ٤٩٣.

الفرع الثاني: شروط ضمان التعدي في الفقه الإسلامي

يشترط للضمان عن العمل غير المشروع في الفقه الإسلامي وجود عناصر ثلاث: التعدي، الضرر، وأن يؤدي السبب إلى تحقيق النتيجة قطعا (علاقة السببية)

أولا: التعدي:

وهو أن يحدث تعدي من فاعل السبب، بتجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع[١]، فهو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادةً[٢]، وكل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف[٣]، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للإنسان المعتاد، فمعياره في الغالب معيار مادي لا ذاتي[٤].

وللتعدي ركنان، مادي: يتمثل في ارتكاب فعل أو امتناع عن فعل من شأنه إحداث ضرر بالغير وآخر معنوي: يتمثل في القصد والإرادة، ولا يشترط التمييز عند الفقهاء فالصبي والمجنون يضمنا ما يتلفانه من أموال[٥]، وفي ذلك تنص المادة ٩٦٠ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: إذا أتلف الصبي مال غيره فإنه يلزمه الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين يساره ولا يضمن وليه، وتؤسس مسئولية عديم التمييز على أساس تحمل التبعة[٦].

ولا يختلف حكم الضمان بالتعدي سواء كان بسلوك إيجابي كالإحراق والإغراق والإتلاف، أو كان بسلوك سلبي كترك حفظ الوديعة، فإنه موجب للضمان، لترك الحفظ الملتزم به بالعقد[٧].

---

(١) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط دار الفكر، سوريا، الطبعة الرابعة، ٤٨٣٣/٦.
(٢) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الإسلامية الكويتية، طبعة ذات السلاسل الكويت ٢٢٢/٢٨
(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي جلال الدين السيوطي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ص٩٨.
(٤) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص ٢٤.
(٥) د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ٦/ ٤٨٣٥.
(٦) أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق ف٢١٥ ص ٢٢٧.
(٧) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص ٢٥.

ثانيا: الضرر:

الضرر في اللغة: ضد النفع[١]، وهو الأذى في النفس والمال[٢].

واصطلاحا: إلحاق مفسدة بالغير، وهذا يشمل الإتلاف والإفساد وغيرهما،والضرر قد يكون بالقول، كرجوع الشاهدين عن شهادتهما، بعد القضاء وقبض المدعي المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلفاه على المشهود عليه، سواء أكان دينا أم عينا، وقد ينشأ الضرر عن الفعل كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، وحرق الحصائد[٣].

ويشمل مفهومه - الضرر - الضرر المادي: الذي قد يكون جسديا وقد يكون ماليا، سواء كان كليا أو جزئيا أو بتعييب في المال فتنقص قيمته، واتفق الفقهاء على تضمين فاعله[٤].

وكذلك الضرر المعنوي: الذي ترتب عليه تفويت مصلحة غير مالية للمضرور[٥] كالأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه أو عاطفته عموما على نحو ما ذهب إليه بعض الفقهاء[٦].

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٤٨٢/٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي،الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ص٢٨٢

(٣) الموسوعة الفقهية ٣٢٣/٢٨.

(٤) د. محمد عبد الستار الجبالي، الضمان وما يتعلق به من أحكام، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد٢٨، ص ١٥٥.

(٥) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، ص ٥٥.

(٦) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٤٦ حيث يذكر أنه عند جمهور الفقهاء لا ضمان في الضرر الأدبي (المعنوي) لأن الضرر الأدبي لا يقوم بالمال، إلا أن بعض الفقهاء يقرر لزوم التعويض عنه كالضرر المادي وهو الراجح كون الضرر المعنوي ينطوي على اعتداء على حق للمضرور، والتعويض عنه (ضمانه) يتفق مع قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية القاضية برفع الضرر.

شروط ضمان الضرر المالي:

ويشترط لوجوب الضمان في الضرر المالي[١]:

١/ أن يكون الشيء المضمون مالا: فلا تضمن الميتة وجلدها، والدم المسفوح، وغير ذلك مما ليس بمال[٢].

٢/ أن يكون المال المضمون متقوما في الشريعة الإسلامية: فلا ضمان في إتلاف ما لا قيمة مالية له[٣].

٣/ أن يكون المال المضمون مملوكا: فلا يجب الضمان في المباحات التي لا يملكها أحد كالطير في الهواء والسمك في الماء[٤].

٤/ أن يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان: ومن ثم فلا ضمان في إتلاف المال في

---

(١) انظر في بيان هذه الشروط: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص ٥٧: ٦١ / د. محمد الجبالي، المرجع السابق، ص١٥٥.د. حمد بن محمد الجابر الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، رسالة دكتوراه - بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الناشر: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م ص ٨٦: ٨٨.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ١٦٧/٧. / المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ٩٦/١١ - المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد (ابن قدامة)،طبعة دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، ١٧٣/٥ - المجموع شرح المهذب، يحى بن شرف النووي، طبعة مكتبة الإرشاد بالسعودية، ٢٧١/٩.

(٣) بدائع الصنائع ١٦٧/٧ - المغني ١٧٤/٥، ١٧٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، طبعة دار الفكر، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ١٦٧/٥ - التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري (المواق)، طبعة دار الكتب العلمية ٣١٨/٧.

(٤) واتفق الفقهاء على أن الجهل بكون المال المتلف مال الغير لا يعفي من الضمان، الموسوعة الفقهية ٢٠٥/١٦ - بدائع الصنائع ١٦٨/٧ - تحفة المحتاج في شرح المنهاج وبهامشه حاشية عبد الحميد الشرنوبي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر البهتيمي، طبعة دار إحياء التراث العربي ١٠/٦.

دار الحرب لعدم الوصول للضمان لانعدام الولاية[١].

٥/ أن يكون الضرر محقق الوقوع على وجه دائم، فاحشا لا يسيرا معتادا، والمرجع في ذلك إلى العرف والعادة[٢].

ثالثا: توافر علاقة السببية:

وذلك بأن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعا دون تدخل سبب آخر بحسب العادة، وبعبارة أخرى ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، وألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مختار مباشر، فإن تدخل عنصر آخر مختار نسب الفعل المباشر إليه[٣].

(١) د. محمد الجبالي، المرجع السابق، ص١٥٦.

(٢) د. حمد بن محمد الجابر الهاجري، المرجع السابق، ص٨٨.

(٣) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ٤٨٣٣/٦.

المطلب الثاني

أثر خطأ الامتناع في تحقق الضمان في الفقه الإسلامي

وسأبين فيه الأثر المترتب على خطأ الامتناع من ناحية تحقق الضمان (المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي) التزاما بحدود المقارنة بموضوع البحث دون دخول في تفاصيل المسئولية الجنائية عن هذا الخطأ، وجريا على ما سبق أن أوضحته في تقسيم خطأ الامتناع إلى امتناع مسبوق بالتزام أو واجب، وآخر مجرد عن أي التزام سابق[١]، فسأعرض فيما يلي لموقف الفقه الإسلامي من كلا النوعيين على النحو التالي:

أولا: الخطأ السلبي بالامتناع المسبوق بالتزام:

وهذا النوع من الامتناع يمثل امتناعا بالمباشرة، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد[٢] ويشترط لتحميل الممتنع المسئولية (الضمان) ما يلي:

١/ ثبوت الامتناع السلبي.

٢/ أن يرتب الامتناع السلبي ضررا بالغير.

٣/ ألا يتدخل بين الامتناع والضرر فعل، وإلا أضيف الضمان إليه وذلك لمباشرته[٣].

---

(١) ومما هو جدير بالملاحظة أن هناك صورا من الامتناع لا يترتب عليها مسئولية تجاه الممتنع، وهو الامتناع الجائز، كامتناع البائع عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن، والامتناع عن إسعاف غريق ممن لا يقدر على إنقاذه، فتسقط عنه المسئولية عملا بقوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ الله نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) سورة البقرة آية ٢٨٦.
انظر في ذلك د. محمود الشحات رمضان القاسم، مسئولية الطبيب عن الامتناع عن إسعاف المريض دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد ١/٣٥، ص ٤٣٩، ٤٤٠

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ٢١٤/٣.

(٣) الموسوعة الفقهية ٣٣٣/٢٨.

وعلى ذلك فقد أوجب الفقه الإسلامي المسئولية والضمان على كل من ترك أمرا متعلقا في ذمته (واجب شرعي)، كمن تركت إرضاع ولدها، يقول تعإلى: (وَالْوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ)[١]، وكالامتناع عن أداء الشهادة ممن طلبت منه، يقول تعإلى: (وَلا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا..)[٢].فالتكاليف الشرعية التي يؤدي تركها والامتناع عن فعلها إلى الحاق ضرر، يتحمل آثارها الممتنع عن الفعل[٣].

ثانيا: الخطأ السلبي بالامتناع المجرد عن التزام سابق:

وقد اختلف الفقهاء حول تضمين الممتنع في هذا النوع الذي يحدث فيه الامتناع دون أن يكون مسبوقا بالتزام وإن اتفقوا على تحمل الممتنع للإثم:

١- الرأي الأول: وذهب إليه الحنفية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة:

أن الممتنع ليس عليه ضمان ولا مسئولية كما رأى الحنفية[٤]، وذلك لأنه - الممتنع ـ لا يعد مباشرا، فمن ترك لقطة تضيع لا يعد مسئولا ولو خاف أن يأخذها من يجحدها حيث إن مناط التضمين عندهم هو الإتلاف لا التلف، والإتلاف لا يتحقق إلا بفعل إيجابي، والممتنع لم يتخذ إلا موقفا سلبيا محضا، وهذا الموقف من قبيل العدم، والعدم لا يكون سببا في الإتلاف، وإنما سببه عمل أو واقعة كالغرق أو الحريق أو الضرب...[٥]الخ.

ووفق هذا الاعتبار من ناحية المسئولية الجنائية، فإن الجريمة السلبية لا تعد كالجريمة الجنائية عند الحنفية فلا يترتب عليها - الجريمة السلبية - حدا ولا قصاصا ولا دية ولكن صاحبها يعزر[٦].

---

(١) سورة البقرة - الآية ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٨٢.

(٣) د. جمال زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٤) بدائع الصنائع ٢٠٠٠/٦ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم) طبعة دار المعرفة، بيروت، ٨/ ١٢٣.

(٥) د. مجد محمد عناب، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٦) د. ختير مسعود، النظرية العامة لجرائم الامتناع، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقن - تلمسان، ٢٠١٣ -٢٠١٤هـ ص ٢٥.نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://www.elmizaine.com/2019/01/pdf_338.html

والشافعية[١] يشترطون للتضمين أن يكون الامتناع سببا للإتلاف متى كان الفعل ملزما به، أما إن كان امتناعه مجردا عن التزام بفعل مأمور به فإنه لا يضمن ولكنه يأثم، فمن اضطر إلى طعام غيره فمنعه مالك الطعام، فمالك الطعام عاص بالمنع ولكنه لا يضمن تلف المضطر.

وعند الحنابلة في رواية ما ذكره ابن قدامه: (كل من رأى إنسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء)[٢].

٢- الرأي الثاني: وذهب إليه المالكية وهو رواية عند الحنابلة:

أن الممتنع يضمن، حيث يوجب المالكية الضمان[٣] (التعويض) في كل امتناع ترتب عليه ضرر، صونا لمال المسلم، باعتبار أن ذلك واجب شرعي عام، ومن ترك واجبا ضمن، فمن أمكنه إنقاذ نفس أو مال فلم يفعل مع القدرة على ذلك وجب عليه الضمان سواء كان عمدا أم خطأ.

والحنابلة[٤] في رواية عندهم يوجبون الضمان على الممتنع متى كان متعديا في امتناعه، سببا في الإهلاك أو الإتلاف، فمن اضطر إلى طعام غير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ضمنه المطلوب منه.

والحنابلة بذلك يضعون ضابطا للتضمين وهو قصد التعدي المسبب للضرر عكس أصحاب الرأي الأول الذين ذهبوا أن الممتنع حالتها يأثم ولا يضمن[٥].

الترجيح:

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الحنابلة في روايتهم القائلة بتضمين الممتنع إذا

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨هـ ٤١٥/٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥٨١/٩.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي،مطبعة الحلبي ٢٩/٤.

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، طبعة دار الفكر بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٦/٤

(٥) داود نعيم داود رداد، نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٧، ص ١٤٥ https://ketabpedia.com

كان متعديا متسببا في الضرر، وذلك تسليما بصحة إمكانية أن يكون الامتناع بذاته هو سبب الضرر، ولو لم يكن هناك واجب شرعي ملزم بالقيام بالعمل الممتنع عنه، حتى ولو كان متسببا وليس مباشرا فإنه طبقا لما شرطه الحنابلة في روايتهم بالتضمين يعد متعمدا ضامنا طبقا للقاعدة الشرعية (والمتسبب ضامن إذا تعمد).

كما أن هذا الرأي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الآمرة بالإحسان، والأمر بالشئ نهي عن ضده، ومن أتى منهيا عنه ضمن ما يلحق بالغير من ضرر.

وإذا كان الإنسان منع من إلحاق الضرر بالغير من غير وجه حق، يقول تعإلى: (يَا أَيُّهَا الذين آمَنُواْ لَا تأكلوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالباطل)[١]، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[٢]، فمن باب أولى منعه من الاعتداء على حق من حقوق الغير[٣]، واتفاقا مع الغرض من الضمان في الفقه الإسلامي و هو جبر الضرر الذي لحق بالغير[٤]، ومن هنا وجب جبر الضرر بتضمين الممتنع متى كان متعديا متسببا فيه.

أما بالنسبة لما يتعلق بامتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده طبقا لأحكام الفقه الإسلامي، فإنهما - الخصم أو الغير - يمثلان مركز المدعى عليه، بالنسبة لطلب إلزامهما بتقديم دليل الإثبات، ومن واجبات المدعى عليه في الدعوى وجوب الجواب على المدعي، وللقاضي الدور المهم في الدعوى، فإن كانت الدعوى صحيحة على خصم حاضر، واستوفت شروطها، طلب القاضي من المدعى عليه جوابه، والجواب على المدعى عليه إقرارا أو إنكارا، ولو سكت عد سكوته إنكارا، فتقبل بينة المدعي ويحكم بها على المدعى عليه، وإن عجز عن تقديم البينة وطلب يمين خصمه (المدعى عليه) استحلفه القاضي[٥].

---

(١) سورة النساء، آية ٢٩.

(٢) سبق تخريجه ص١٠٧٦.

(٣) د. سيد أمين، المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، ص ٦٨، ٦٩

(٤) أساتذتنا: د. جمال الدين طه العاقل، د. عبد الله مبروك النجار، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق،ص ١٨٥.

(٥) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق ٨٥/٨

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه والإسلامي والقانون المدني

فيما يتعلق بالمسئولية عن خطأ الامتناع

يتضح مما سبق اتفاق القانون المدني مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من تضمين الممتنع عن إتيان التزام أو واجب قانوني أو شرعي متى كان مرتبا ضررا لحق بالغير.

أما مسئولية الممتنع عن إتيان فعل غير واجب شرعا أو قانونا إتيانه فقد كان مثار اختلاف في الفقه الإسلامي مع إجماعهم على تحمله الذنب والإثم.

ويمكن القول بأنه سواء من الناحية الشرعية أو القانونية يجب النظر إلى اعتبارين:

الأول: إذا كان الممتنع متعمدا قاصدا الإضرار بالغير:

خطأ الامتناع في الحالة تلك يعد مكونا للخطأ التقصيري في القانون، محملا الممتنع الضمان في الشريعة، ويتم استخلاص النية من ظروف ووقائع الحال والعرف والتقاليد، فيسئل من يرى شخصا بحاجة إلى من ينقذه ويمتنع مع قدرته على ذلك قاصدا الإضرار به، ويتم استخلاص النية - كما ذكرنا - من ظروف ووقائع الحال[1].

الثاني: إذا لم يكن الممتنع متعمدا قاصدا الإضرار بالغير:

هنا تنتفي مسئولية الممتنع حيث لا يوجد أي التزام سابق أو واجب شرعي، كما لم تتوافر نية الإضرار، فالإنسان ملزم بالامتناع عن إيقاع الأذى بالآخرين وليس ملزما بمنع وقوع الأذى عليهم، وإن كان هناك اتجاه يرى إمكانية تحمله المسئولية لمخالفته واجب أخلاقي، ولكن مخالفة الواجب الأخلاقي لا تقوى أن تقيم مسئولية قانونية على الممتنع مالم يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي المحاط بنفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الممتنع، فإذا تناقض سلوكه مع سلوك الشخص

(١) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٣١

العادي عد الممتنع مسئولا حتى وإن لم يوجد نص[١]، إذ لا مناص من إيجاد معيار مادي ثابت يرجع إليه في كل حالة لتعيين مدى حقوق الأشخاص المتشابكة وواجباتهم[٢].

والأمر حالتئذ مرده الإثبات والذي قد يكون صعبا رغم أنه يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الواقع، دون رقابة عليه من محكمة النقض إلا بالقدر الذي يكون استخلاصه غير سائغ[٣].

وقد قضت بعض الأحكام بتوافر المسئولية في حالات كان الامتناع فيها غير مخالف لنص قانوني أو اتفاق، فيسئل مدنيا الشخص الذي امتنع عن الإفضاء بما يعلمه عن نفوق حيوان بالحمى الفحمية، ولم يبد اعتراضا على ما ادعاه صاحب الحيوان من أن نفوقه كان بسبب حقنه[٤].

وفي فرنسا وإن قضت محكمة النقض بأنه يشترط في الامتناع لتترتب عليه المسئولية أن يكون ثمة نص يوجب القيام بالفعل الذي حصل الامتناع عنه، إلا أنها

---

(١) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٣٢.

(٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف٣٥٦، ٣٥٧ ص ٣٦٣، ٣٦٤.

(٣) المستشار أنور طلبة، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ج٣ ص٤٩٨
وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء، مما مفاده أن المشرع في نطاق المسئولية التقصيرية لا يميز بين الخطأ العمدي وغير العمدي، ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكل منها يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه. (طعن ٢٤٨٤ س ٦٥ق -٢٠١٩/٨/١م).
وقضت أن المسئولية التقصيرية تتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء، فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ، ويقتضي هذا الالتزام تبصرا في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل العادي المدرك لأفعاله، فإذا انحرف في سلوكه عن المألوف في سلوك الشخص العادي فقد تعدى وثبت عليه الخطأ بما يرتب المسئولية في ذمته. (طعن رقم ١٥٢٦٠ س ٧٩ق، ٢٠١٢/٣/١٣م)
لدى المستشار د. أنور طلبه، المرجع السابق، ج٣ ص ٥٠١.

(٤) مذكور لدى د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٢٤.

رأت أن تنظر إلى الامتناع من ناحية الفكرة العامة للخطأ، بمعنى أن الامتناع يوجب أو لا يوجب المسئولية حسبما كان يتضمن أو لا يتضمن انحرافا في السلوك ولو لم يكن منصوصا عليه، فقضت بأنه: إذا لم يكن العمل الذي امتنع عنه محلا لالتزام مدني فلا يعد خطأ موجبا للتعويض[١].

وعلى القاضي أن يقرن في هذا الصدد سلوك المسئول بسلوك الرجل العادي في مثل ظروفه الخارجية، وبذلك يمكن معرفة ما إذا كان الرجل العادي سيمتنع عن الفعل الذي امتنع عنه المسئول في الظروف المماثلة، وبالتالي يعتبر خطأ امتناع عن واجب عام ولو كان هذا الواجب تقتضيه المجاملة أو الاعتبارات الأدبية البحتة، مادام أن الرجل العادي لا يمتنع عن القيام بها، أما الأعمال التي يعتاد أن يمتنع الرجل العادي عنها فلا تكون محلا للمساءلة القانونية، فليس من خطأ في امتناع قائد السيارة عن الوقوف بها للمعاونة في إصلاح عطب بسيارة أخرى، ويتوافر الخطأ في امتناع قائد السيارة عن نقل جريح تستدعي حالته الإسعاف العاجل، فلكل حالة ملابساتها الخاصة بها، والقياس فيها يكون بسلوك الرجل المعتاد.

خلاصة القول:

أنه يترتب على الامتناع السلبي غير المسبوق بالتزام أو واجب، (المسئولية التقصيرية قانونا، الضمان شرعا) متى كان متعديا قاصدا الإضرار بالغير متسببا فيه، وذلك صونا لحقوق الأفراد بصفة عامة، لأن عدم تقرير المسئولية سيفتح بابا لإيقاع الضرر بالامتناع لعدم وجود مسئولية على الممتنع[٢].

على أن تكون المسئولية في هذه الحالة بضوابط وهي:

١/ أن يكون الامتناع من قادر على العمل الممتنع عنه.

٢/ أن يترتب على الامتناع ضرر على الغير جراء هذا الامتناع[٣].

٣/ ألا يكون في إتيان العمل إلحاق ضرر بالممتنع، يفوق ما يلحق الغير من ضرر

(١) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥.

(٢) د. مثنى محمد عبد، المرجع السابق، ص٤١.

(٣) د. محمود الشحات رمضان، المرجع السابق، ص٤٤٣.

حالة الامتناع فلا ضرر ولا ضرار.

٤/ تطبيق معيار الشخص العادي لتحديد ما إذا كان الممتنع متعديا أم لا.

فإذا لم تتحقق هذه الضوابط، لا يعد الممتنع متعسفا في استعماله لحق الامتناع غير المستند لواجب ملزم بالفعل الإيجابي، ولا يكون الامتناع وقتها مكونا للخطأ التقصيري.

وأخيرا: فإنه مما لا شك فيه أن مساءلة الممتنع عن مساعدة غيره بغض النظر عن وجود التزام أو واجب بالفعل، ليعد من أصدق الصور تعبيرا عن فكرة التضامن والتضافر الاجتماعي بين أفراد المجتمع الواحد. وتعبير صادق عن قيمة احترام الحقوق التبادلية، وهي حقوق مطلقة، الالتزام بها يقع على الكافة قبل صاحب الحق، لأن حق الفرد فيها يقابله واجب سلبي عام مؤداه امتناع الكافة عن الاعتداء على هذا الحق[١]. وصورة هذه الحقوق وتطبيقاتها عديدة منها محل هذه الدراسة (امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات) لمساعدة أحد الخصوم في إثبات ما يدعيه، حيث إن الامتناع عن تقديم دليل الإثبات ممن يحوزه من شأنه تغيير في مركز أحد طرفي الخصومة[٢].

(١) أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار، القانون والحق والالتزام، ط. دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠-٢٠١١م، ص ٢٠٣

(٢) د. مجد محمد عناب، المرجع السابق، ص٥٦

خاتمة

أهم النتائج والتوصيات

وفي ختام هذه الدراسة أعرض فيما يلي لأهم نتائج البحث مقرونة بما قد يقترح من توصيات، وذلك على النحو التالي:

١- إن خطأ الامتناع عن إتيان واجب - كسلوك سلبي ــ مقرر للمسئولية القانونية بكافة أنواعها، ولا يقتصر أثره على ترتب المسئولية المدنية فحسب، ويقرر الضمان في الفقه الإسلامي، أما الامتناع المجرد عن التزام سابق بالعمل فهو مثار اختلاف في الفقه الإسلامي والقانوني، وإن اتفق على تحمل مرتكبه الإثم في الفقه الإسلامي.

٢- أن خطأ الامتناع في نطاق المسئولية المدنية قد يرتب مسئولية تقصيرية - إذا وقع إخلالا بواجب قانوني - وقد يرتب مسئولية عقدية - إذا وقع إخلالا بالتزام عقدي - و قد يرتب المسؤوليتين معا في آن واحد، وتطبق حالتها أحكام المسئولية العقدية، مالم يكن الإخلال العقدي مكونا لجريمة جنائية أو راجعا لغش المدين وخطئه الجسيم.

٣- صلاحية خطأ الامتناع أن يكون مكونا للخطأ التقصيري، حتى ولو وقع إخلالا بواجب خلقي أو اجتماعي غير منصوص عليه في القانون، باعتبار العمل الممتنع عنه يعد من قبل الواجبات العامة و لم ينص عليه، ويمكن تأسيسه على إحدى حالات التعسف في استعمال الحق.

٤- يقع عبء إثبات خطأ الامتناع على المضرور في جميع حالاته، ففي حال وقع الامتناع إخلالا بواجب قانوني (مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ)، على المضرور إثبات الخطأ الشخصي المتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع الاعتداد بالظروف الخارجية الملابسة للامتناع، وإذ وقع الامتناع إخلالا بالتزام عقدي(مسئولية عقدية أساسها الخطأ العقدي) فعلى المضرور إثبات الإخلال والخطأ التعاقدي وهو أيسر من إثباته في المسئولية التقصيرية، وإذا وقع الامتناع إخلالا بواجب غير منصوص على الالتزام بفعله قانونا، فيجوز للمضرور إثبات تعسف الممتنع، باعتبار أن التعسف يمثل صورة

من صور الخطأ التقصيري. ويخضع قاضي الموضوع في تكييفه للامتناع لرقابة محكمة النقض، أما تحري الوقائع في ذاتها واستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية فهو مما يستقل به القاضي دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا.

٥- امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات أو عرضه، يعد خطأ تقصيريا، إذا كان امتناعا عن تنفيذ أمر قضائي به ولم يكن هناك مبرر للامتناع عن تقديم الدليل أو عرضه، وهو من قبيل الامتناع ذي النتيجة التي يلزم إثبات الضرر نتيجة الامتناع.

٦- أوجد المشرع في قانون الإثبات معالجة تشريعية لامتناع الخصم عن تقديم ما تحت يده من دليل الإثبات الكتابي وأعطى مجالا للقاضي في استخدام سلطته التقديرية إزاء ذلك مع تقرير ضوابط قانونية على هذا الدور الإيجابي للقاضي.

٧- أن حق الخصم في الرجوع على الممتنع عن تقديم دليل الإثبات بالمسئولية التقصيرية على أساس خطأ الامتناع يعد أوضح وأيسر إذا كان الامتناع صادرا من الغير، إذ أن امتناع الخصم عن تقديم دليل الإثبات عالجه المشرع بشكل يكاد يكون تفصيليا لأثر الامتناع، بما يكفل معه تحقيق مصلحة طالب الدليل - إذا نكل الخصم عن أداء اليمين وامتنع عن تقديم الدليل الكتابي الذي تحت يده - سواء باعتبار الصورة من المحرر المقدمة من الطالب صحيحة مطابقة لأصلها، أو حتى الأخذ بأقواله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه - إذا لم يقدم صورة منه -، إلا أنه رغم ذلك تبقى فرضية تضرره من امتناع خصمه عن تقديم دليل الإثبات سواء داخل نطاق الخصومة أو خارجها، مما يمكن معه القول بأحقيته في الرجوع على خصمه بدعوى المسئولية التقصيرية ويقع عليه عبء إثبات تعدي خصمه بالامتناع التعسفي مع توافر باقي أركان المسئولية.

٨- التوصية بوضع نصوص صريحة إلزامية تقرر الواجبات الدينية والأخلاقية أو حتى المستندة للعادات والتقاليد، وتقرير مسئولية تقصيرية على الممتنع عنها امتناعا تعسفيا، لما في ذلك من بسط لنطاق فكرة الخطأ التقصيري، مما يكون محققا للعدالة والتضامن الاجتماعي، لاسيما وأن نطاق التعسف يشمل جميع

أنواع الحقوق ولو كانت من قبيل الحقوق المطلقة.

٩- التوصية بالنص الصريح في قانون الإثبات على الحق في الرجوع على الممتنع عن تقديم دليل الإثبات بالتعويض عن الأضرار وفق أحكام المسئولية التقصيرية و أساسها الخطأ بالامتناع التعسفي، حيث تلاحظ لي ندرة لجوء المتضررين إلى مقاضاة الممتنع عن تقديم دليل الإثبات رغم أن القواعد العامة تسمح لهم بذلك، لكن قد يكون مرد ذلك عدم وجود النص الصريح بأحقيته في التعويض عن الأضرار جراء الامتناع.

تم بحمد الله

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المراجـــــع

المراجع الشرعية[١]

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: كتب التفسير:

١/ أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، ط دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢/ تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، (ت٣١٠هـ)، تحقيق الدكتور: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجرة للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

ثالثا: كتب الحديث:

١/ السنن، للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، تحقيق ودراسة مركز البحوث وتقنية المعلومات، الناشر دار التأصيل، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

٢/ سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، الجزء الثالث، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

رابعا: كتب اللغة:

١/ القاموس المحيط، فيروز أيادي، المطبعة الأميرية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ١٤٠١هـ.

٢/ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء الأول، مطبعة التقدم العلمية، ١٣٢٢هـ.

٣/ لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضال جمال الدين بن منظور، دار النشر: دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.

٤/ محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء،،الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

خامسا: كتب أصول الفقه:

١/ الأشباه والنظائر، للسيوطي جلال الدين السيوطي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

٢/ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،

(١) قمت بترتيب المراجع الشرعية بحسب اسم المرجع في مراجع التراث، وبحسب اسم المؤلف في المراجع الحديثة.

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

سادسا: كتب الفقه:

المذهب الحنفي:

١/ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم). الجزء الثامن، طبعة دار المعرفة، بيروت.

٢/ المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الجزء الحادي عشر، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٣/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء السابع، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٤/ مجمع الضمانات، غانم بن محمد البغدادي، طبعة دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الأولى.

المذهب المالكي:

١/ التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري (المواق)، الجزء السابع، طبعة دار الكتب العلمية.

٢/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، الجزء الرابع، مطبعة الحلبي.

المذهب الشافعي:

١/ المجموع شرح المهذب، يحى بن شرف النووي، الجزء التاسع، طبعة مكتبة الإرشاد بالسعودية.

٢/ تحفة المحتاج في شرح المنهاج وبهامشه حاشية عبد الحميد الشرنوبي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر البهتيمي، الجزء السادس، طبعة دار إحياء التراث العربي.

٣/ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، الجزء الرابع، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨هـ.

٤/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، الجزء الخامس طبعة دار الفكر، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

المذهب الحنبلي:

١/ المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد (ابن قدامة)، طبعة دار إحياء التراث العربي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.

٢/ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، الجزء الرابع، طبعة دار الفكر بيروت، ١٤٠٥هـ.

الموسوعات الفقهية:

١/ الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الإسلامية الكويتية، طبعة ذات السلاسل الكويت.

مراجع فقهية حديثة:

١/ د. حمد بن محمد الجابر الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، رسالة دكتوراه - بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الناشر: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.

٢/ د. سيد أمين، المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن.

٣/ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية.

٤/ د. محمد عبد الستار الجبالي، الضمان وما يتعلق به من أحكام، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد ٢٨.

٥/ د. محمود الشحات رمضان القاسم، مسئولية الطبيب عن الامتناع عن إسعاف المريض دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد ١/٣٥.

٦/ د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، طبعة دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢.

٧/ د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط دار الفكر، سوريا، الطبعة الرابعة، ٤٨٣٣/٦.

المراجع القانونية[(١)]:

أولا: المراجع العامة:

١/ المستشار / إبراهيم جمال، الميسر في قانون الإثبات، شاملة لأحكام النقض إلى عام ٢٠١٨ - ٢٠١٩ م.

٢/ د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط منشأة المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٨١.

٣/ د. أسامه أحمد بدر، العقود المسماة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

٤/ د. أسامه أحمد شوقي المليجي، شرح القواعد الاجرائية في الإثبات، ١٩٩٧.

٥/ د. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، طبعة الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ١٩٨١.

٦/ د. توفيق حسن فرج، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٢.

٧/ د. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، طبعة منشأة المعارف، ١٩٩٦.

(١) قمت بترتيب المراجع القانونية ترتيبا أبجديا بحسب اسم المؤلف

٨/ د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة منشأة المعارف، ١٩٩٧.
٩/ د. جمال الدين طه العاقل، د. عبد الله مبروك النجار، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.
١٠/ د. خالد السيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، الطبعة الأولى، ط. دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٧.
١١/ د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، ط. دار المعارف بالإسكندرية.
١٢/ د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
١٣/ د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، ط. لجنة البيان العربي، ١٩٦١.
١٤/ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. عالم الكتب، ١٩٨١
١٥/ د. سمير تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط. منشأة المعارف.
١٦/ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، ط. دار إحياء التراث العربي.
١٧/ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام) ط. دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
١٨/ أستاذنا الدكتور/ عبد الرازق حسن فرج، مصادر الالتزام المصادر غير الارادية، الجزء الثاني ١٩٩٣،
١٩/ أستاذنا الدكتور / عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الموجز المفيد في مصادر الالتزام وآثاره، ٢٠٠٩.
٢٠/ أستاذنا الدكتور / عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الوجيز في شرح قانون الإثبات، ٢٠٠٧.
٢١/ أستاذنا الدكتور/ عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ط. دار النهضة العربية، ط٣، ٢٠١٠.
٢٢/ أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار، القانون والحق والالتزام، ط. دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠-٢٠١١م
٢٣/ أ. عبد المنعم حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المحاماة، ملحق العددين الثالث والرابع، السنة ٧١، ١٩٩١.
٢٤/ د. عبد الودود يحى، الموجز في قانون الإثبات، ط. دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
٢٥/ د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
٢٦/ المستشار / عز الدين الدناصوري، المسئولية المدنية في الفقه والقضاء، ١٩٨٨.
٢٧/ المستشار/عز الدين الدناصوري،أ/ حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، طبعة عالم

الكتب ١٩٧٧، الطبعة الثانية.
٢٨/ د. عصام سليم، قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، طبعة الدار الجامعية، ١٩٩٧.
٢٩/ استاذنا الدكتور / محمد الفقي، نظرية الحق، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.
٣٠/ د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.
٣١/ د. محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، طبعة دار الفكر العربي، ١٩٩٧.
٣٢/ د. محمد شريف عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسئولية التقصيرية، ط. دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
٣٣/ د. محمد علي عمران - د. حمدي عبد الرحمن - د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، ١٩٩٥.
٣٤/ د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المصادر غير الارادية.
٣٥/ د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام / الإثبات، ١٩٧٤-١٩٧٥م.
٣٦/ د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط. دار النهضة العربية.
٣٧/ المستشار/ مصطفى مجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. دار المطبوعات الجامعية، ج٢، ١٩٩٧.
٣٨/ د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٣٩/ د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
٤٠/ د. نبيلة رسلان، د. عبد الحميد عثمان، دروس في أحكام الالتزام والإثبات، ١٤١٩هـ.
٤١/ د. نبيلة رسلان، الإثبات، ١٩٩٨.

ثانيا: الأبحاث المتخصصة:

١/ د. إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الاسلامية، المجلد ٢٠، العدد الأول، نسخة الكترونية عبر موقع الويب:
https://journals.iugaza.edu.ps/index.php/IUGJIS/article/view/1315/1250
٢/ د. باسم محمد فاضل، تراجع ركن الخطأ في المسئولية الطبية المدنية التقليدية والموضوعية، ط. دار الفكر الجامعي ٢٠٢٠.
٣/ د. جمال زيد الكيلاني، المسئولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون المسمى إغاثة الملهوف، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، ٢٠٠٥، ج ١٩نسخة إلكترونية عبر موقع الويب: https://ketabpedia.com
٤/ د. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، ط. دار النهضة العربية ١٩٩٨،

٥/ د. سمير تناغو، الالتزام القضائي (الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد) ٢٠١٤، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية.
٦/ د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، ط. دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤.
٧/ د. عبد القادر قرموش، المسئولية المدنية، ٢٠٢١، نسخة الكترونية عبر موقع الويب:
https://www.droitarabic.com/2021/02/blog-post.html?m=1
٨/ د. عبد الهادي فوزي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسئولية المدنية، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٩٢. نسخة إلكترونية عبر موقع الويب: https://journal.kilaw.edu.kw
٩/ د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب و أعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ١٩٨٣
١٠/ د. مثنى محمد عبد، أحكام الامتناع عن الفعل في المسئولية عن الفعل الشخصي، نسخة الكترونية عبر موقع الويب:
https://www.researchgate.net/publication/351175971_ahkam_alamtna_n_alfl_fy_almswwlyt_n_alfl_alshkhsy/citation/download
١١/ د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ وحدة المسئولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الجديد، قراءة في فلسفة مشروع قانون إصلاح نظرية المسئولية PLRRC Urvoas2017، دراسة تحليلية معمقة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٣، العدد التسلسلي ٣١، محرم - صفر ١٤٤٢هـ سبتمبر ٢٠٢٠م.نسخة إلكترونية عبر موقع الويب https://journal.kilaw.edu.kw
١٢/ د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، طبعة منشأة المعارف.

ثالثا: الرسائل العلمية:

١/ أسماء موسى أسعد، ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦ نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://www.bibliotdroit.com/2018/05/pdf_38.html
٢/ د. ختير مسعود، النظرية العامة لجرائم الامتناع، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقن - تلمسان، ٢٠١٣ -٢٠١٤هـ. نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://www.elmizaine.com/2019/01/pdf_338.html
٣/ داود نعيم داود ردّاد، نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٧. نسخة إلكترونية عبر موقع الويب: https://ketabpedia.com

٤/ فهد القحطاني، جرائم الامتناع، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في القضاء السعودي، رسالة ماجستير، الناشر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٥.

٥/ مجد محمد سليمان عناب، الخطأ السلبي في المسئولية المدنية، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، ٢٠١٢، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://lib.imamhussain.org/lib/book/8905#popup1

رابعا: القوانين و المجموعات والدوريات:

١/ المستشار الدكتور / أنور طلبه، المطول في القانون المدني، طبعة شركة ناس للطباعة، الجزء الثالث، ٢٠٢١.

٢/ د. عبد الحكم فوده، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٩٥، الجزء الأول.

٣/ سلسلة التشريعات المصرية، أ. جمال شحاتة، ط. العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٢١، الأجزاء التي تناولت النصوص التشريعية للقوانين التالية: (القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨طبقا لأحدث التعديلات - قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م - قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والمعدل بالقانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٢٠م.)

٤/مجلة الجامعة الاسلامية، المجلد ٢٠، العدد الأول، نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://journals.iugaza.edu.ps/index.php/IUGJIS/article/view/1315/1250

٥/مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٩٢. نسخة الكترونية عبر موقع الويب: https://journal.kilaw.edu.kw

٦/مجلة جامعة النجاح للأبحاث، ٢٠٠٥، ج ١٩نسخة إلكترونية عبر موقع الويب:
https://ketabpedia.com

٧/مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد٢٨.

٨/مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد ٣٥.

٩/مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٣، العدد التسلسلي ٣١، محرم - صفر ١٤٤٢هـ سبتمبر ٢٠٢٠م.نسخة إلكترونية عبر موقع الويب
https://journal.kilaw.edu.kw

١٠/مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، نادي القضاة ج٢.

١١/مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة السابعة والثلاثون - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩١ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٢).

١٢/مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض..
١٣/موقع محكمة النقض الإلكتروني: https://www.cc.gov.eg/
١٤/وجدي شفيق، الموسوعة الذهبية في مبادئ النقض المدنية الصادرة عن جميع الدوائر المدنية والعمالية والتجارية والإيجارات و الأحوال الشخصية من ١٩٩٧ حتى ٢٠٢١، ط. العربية للنشر والتوزيع ج ٥.

فهرس الموضوعات

الموضـــــوع **الصفحة**

مقدمة..... ١٠٠٧
المطلب التمهيدي: تحديد مفاهيم مفردات البحث الرئيسة..... ١٠١٢
الفرع الأول: مضمون الامتناع..... ١٠١٢
الغصن الأول: تعريف الامتناع عن الفعل لغة..... ١٠١٢
الغصن الثاني: مضمون الامتناع في اصطلاح الفقه القانوني..... ١٠١٣
الفرع الثاني: مضمون الإثبات..... ١٠١٤
الغصن الأول: مضمون الإثبات بمعناه العام..... ١٠١٥
الغصن الثاني: مضمون الإثبات القانوني..... ١٠١٥
الفرع الثالث: مضمون الخطأ التقصيري..... ١٠١٩
الغصن الأول: تعريف الخطأ التقصيري لغة..... ١٠١٩
الغصن الثاني: مضمون الخطأ التقصيري في اصطلاح الفقه القانوني..... ١٠٢٠
- بند تمهيدي: عنصر الخطأ وفكرة وحدة المسئولية المدنية وازدواجها في الفقه والتشريع الفرنسي..... ١٠٢٠
- الخطأ التقصيري..... ١٠٢٢
- عناصر الخطأ التقصيري..... ١٠٢٤

المبحث الأول: أنواع الامتناع وأثره في تحقق عنصر الخطأ التقصيري..... ١٠٣٠
المطلب الأول: أنواع خطأ الامتناع..... ١٠٣٠
المطلب الثاني: أثر الامتناع في تحقق عنصر الخطأ التقصيري..... ١٠٣٣
الفرع الأول: أثر الامتناع المسبوق بواجب أو التزام..... ١٠٣٣
أولا: أثر الامتناع المسبوق بالتزام قانوني..... ١٠٣٣
ثانيا: أثر الامتناع المسبوق بالتزام إرادي(عقدي)..... ١٠٣٤
- ازدواجية المسئولية المدنية نتيجة خطأ الامتناع..... ١٠٣٥

الفرع الثاني: أثر الامتناع المجرد عن التزام سابق..... ١٠٣٧
الاتجاه الأول: (أنصار المذهب الفردي)..... ١٠٣٨
الاتجاه الثاني: (أنصار المذاهب الاجتماعية)..... ١٠٣٩
تقييم الاتجاهيين..... ١٠٤٢
المبحث الثاني: أحكام امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات..... ١٠٤٦
المطلب الأول: أحكام طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه

على من يدعي حقا متعلقا به..... ١٠٤٧
الفرع الأول: طلب إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات (المحررات الموجودة تحت يده)..... ١٠٤٨
أولا: حالات إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده..... ١٠٤٩
ثانيا: إجراءات طلب إلزام الخصم بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده..... ١٠٥٢
الفرع الثاني: طلب إلزام الغير بتقديم دليل الإثبات (المحررات الموجودة تحت يده)..... ١٠٥٤
- حالات إلزام الغير بتقديم دليل الإثبات الذي تحت يده..... ١٠٥٥
- وجود الأوراق المنتجة في الدعوى لدى الدوائر الحكومية..... ١٠٥٥
الفرع الثالث: طلب إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به..... ١٠٥٦
أولا: شروط قبول طلب إلزام من حاز شيئا أو أحرزه بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به..... ١٠٥٧
ثانيا: إجراءات العرض..... ١٠٥٩
المطلب الثاني: دور القاضي في إلزام الخصم أو الغير الممتنع عن تقديم دليل الإثبات..... ١٠٦٠
الفرع الأول: الدور الإيجابي للقاضي في إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه..... ١٠٦٢
الفرع الثاني: الضوابط الواردة على الدور الإيجابي للقاضي في نطاق إلزام الخصم أو الغير بتقديم دليل الإثبات أو عرضه..... ١٠٦٥
المطلب الثالث: أثر امتناع الخصم أو الغير عن تقديم دليل الإثبات في تحقق عنصر الخطأ التقصيري..... ١٠٦٩
الفرع الأول: أثر امتناع الخصم عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده ومدى اعتباره خطا تقصيريا..... ١٠٦٩
أولا: أثر الامتناع طبقا للمادتين ٢٣، ٢٤ من قانون الإثبات..... ١٠٦٩
ثانيا: مدى اعتبار امتناع الخصم عن تقديم ما تحت يده من محررات خطا تقصيريا..... ١٠٧٠
الفرع الثاني: أثر امتناع الغير عن تقديم دليل الإثبات الذي تحت يده ومدى اعتباره خطأ تقصيريا..... ١٠٧٢
الفرع الثالث: أثر الامتناع عن تنفيذ أمر العرض ومدى اعتباره خطا تقصيريا..... ١٠٧٤
المبحث الثالث: خطأ الامتناع كسبب موجب للضمان في الفقه الإسلامي..... ١٠٧٥

المطلب الأول: مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي وشروطه..... ١٠٧٦
الفرع الأول: مشروعية الضمان..... ١٠٧٦
الفرع الثاني: شروط ضمان التعدي في الفقه الإسلامي..... ١٠٧٧
المطلب الثاني: أثر خطأ الامتناع في تحقق الضمان في الفقه الإسلامي..... ١٠٨١
أولا: الخطأ السلبي بالامتناع المسبوق بالتزام..... ١٠٨١
ثانيا: الخطأ السلبي بالامتناع المجرد عن التزام سابق..... ١٠٨٢
المطلب الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يتعلق بالمسئولية
عن خطأ الامتناع..... ١٠٨٥
خاتمة (أهم النتائج والتوصيات)..... ١٠٨٩
المراجع..... ١٠٩٢
فهرس الموضوعات..... ١١٠٠